# Gesetz und Gewohnheit.

Ein Beitrag zur Revision der Lehre vom sogenannten Gewohnheitsrecht.

---

INAUGURAL-DISSERTATION

**der rechts- und staatswissenschaftlichen Facultät**

der

**KAISER-WILHELMS-UNIVERSITÄT STRASSBURG**

zur Erlangung

**der juristischen Doctorwürde**

vorgelegt von

**Simon Rosenthaler**

aus Heilbronn a. N.



STRASSBURG i. E.
Buchdruckerei Gebr. Riedel, Allerheiligengasse 5.
1893.

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547613_0161

# Gesetz und Gewohnheit.

Ein Beitrag zur Revision der Lehre vom sogenannten Gewohnheitsrecht

von

**Dr. Simon Rosenthaler.**

---

Motto: Non exemplis, sed legibus judicandum est.
(l 13 C. de sent. et int.)

## I.

Seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts vollzieht sich die Rechtsentwicklung Deutschlands fast ausschliesslich im Rahmen der Gesetzgebung. Die einschneidenden Veränderungen, welche der Notzwang der Begebenheiten, die werbende Kraft zeitbewegender Gedanken und die gewaltigen Umwälzungen im Bereiche der Technik und Productionsweise innerhalb des 19. Jahrhunderts hervorriefen, fanden beinahe sämtlich ihre Ueberleitung in die rechtliche Ordnung durch den Staat, welcher in den Fluss des Werdens gestellt mit dem Bewusstsein der Verpflichtung zugleich in hohem Grade die Schnellkraft der Entschliessung, die Sicherheit des Masses sowie die Fähigkeit bekundet, dem jeweiligen Wechsel der Bedürfnisse und Bedingungen sich anzupassen, die ringenden Gegensätze in Verständigung und Versöhnung zu beschliessen und das gliedliche Verhältnis der einzelnen zur Gesamtheit im Sinne ausgleichender Gerechtigkeit zu bestimmen. Von Erfolg zu Erfolg fortschreitend wuchs die regelnde Thätigkeit der Gesetzgebung zusehends in die

Breite und Tiefe und gab durch eine Fülle von Gestaltungen in Codificationen und Einzelgesetzen dem lebendigen Drängen der Kräfte auf dem Gebiete des materiellen- und Prozessrechts Form und Begrenzung. Mit der Ausbildung staatlicher Wirksamkeit hielt das Bestreben gleichen Schritt, das Gewohnheitsrecht aus der bisher inne gehabten Stellung zu verdrängen, den Umfang seiner Anwendung einzuengen und die Herrschaft des Gesetzes über die Gebilde der Rechtsgewohnheit zu sichern. Während die gang und gäbe Auffassung des römischen Rechts und ältere Particularrechte kein Bedenken trugen, die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts teils schlechthin, teils mit Beschränkung auf einen bestimmten Kreis von Rechtsquellen oder eine gewisse Gattung von Rechtssätzen anzuerkennen, nimmt die ganze neuere Gesetzgebung dem Gewohnheitsrecht gegenüber eine ablehnende Stellung ein. Im einzelnen ist die Behandlung des Gewohnheitsrechts eine verschiedene. Einige Codificationen gehen soweit, demselben die Geltung völlig abzusprechen. Andere geben dem Gewohnheitsrecht nur in den Fällen Raum, in welchen das Gesetz ausdrücklich auf dasselbe verweist. Weniger schroff erscheint der Standpunkt einer dritten Gruppe, welche dem Gewohnheitsrecht schlankweg ergänzende Bedeutung beimisst.

Inmitten des ununterbrochenen Siegeslaufs der Gesetzgebung war der Theorie eine eigenthümliche Rolle beschieden. Von dem Grundgedanken eines mit den Ueberzeugungen eines Volksgeistes identificirten Rechts geleitet, das sich „thatlos bilde wie die Pflanze des Feldes“, widerstrebte die historische Schule unter Betonung eines Urrechts der Menschheit auf das Werden grundsätzlich der Ordnung der Rechtsverhältnisse durch den Staat. Im Eingreifen der Gesetzgebung erblickte ihr Quietismus nicht viel mehr als schädigende Willkür, welche die Gefahr einer fruchtlosen Verderbnis des Rechts in sich schliesse.[1]) Als nach Beendigung der Freiheitskriege die Erstarkung des nationalen

[1]) von Savigny, vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 3. Auflage, Seite 16.

Sinnes sich zur Forderung eines einheitlichen deutschen bürgerlichen Gesetzbuches durchrang, unternahm es Savigny in der bekannten Schrift, den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung zu leugnen, obschon die Codificationen in Preussen, Frankreich und Oesterreich diesen Beruf längst ausser Frage gestellt hatten. Anstatt der Praxis als Wegzeiger und Führer zu dienen und das Leben zu erfassen in seinen verfliessenden Linien, dem Reichtum seiner Zweckentfaltung und Gegensätze, zog die herrschende Theorie vor, abseits realer Möglichkeiten in werkscheuer Verneinung zu verharren. Unfähig den Fortschritt der Gesetzgebung zu hemmen, begleitete sie jede frische That derselben mit ihren Cassandrarufen, indem sie bald die Berechtigung des Staates zum Verbote des Gewohnheitsrechts, bald die Verpflichtung des Richters sich an dieses Verbot zu kehren in Zweifel zog, bald die Entstehung neuen Gewohnheitsrechts trotz des Verbots in bestimmte Aussicht stellte. Man konnte sich zwar der Einsicht nicht verschliessen, dass es dem allgemeinen Volksbewusstsein in jenen Ländern, in welchen ein gänzliches oder theilweises Verbot des Gewohnheitsrechts besteht, bisher nicht gelungen war, dem Staatswillen zuwider in der Form des Gewohnheitsrechts sich durchzusetzen. Auch die Annahme, welche das Zustandekommen der älteren Gesetzgebung in erster Linie auf die Herrschaft einer oberflächlichen, die Bedeutung des Gewohnheitsrechts verkennenden Schulmeinung zurückführte, konnte angesichts des Vorgehens der neueren Gesetzgebung nicht aufrecht erhalten werden. Aber die verminderte Geltung des Gewohnheitsrechts, weit entfernt einer übertriebenen Wertschätzung Abbruch zu thun, trug vielmehr dazu bei, dieselbe zu einer Art Abgöttin zu steigern. So behauptet Puchta, dem Volke rechtsproductive Thätigkeit absprechen, heisse soviel als den Begriff des Volkes selbst leugnen.[1]) Böhlau sieht in den Rechtserzeugnissen der Gesellschaft als Gesellschaftswillen allein das Recht. Das

[1]) Puchta, das Gewohnheitsrecht, Band I., S. 154.

Gesetz ist ihm kein Recht, sondern nur Staatswille.[1]) Stahl, der typische Vertreter juristischer Metaphysik, glaubt sogar die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts direct auf die Macht Gottes zurückführen zu sollen, welche in der Gewohnheit das Handeln der Menschen bestimme[2]) und Adolf Schmidt findet seltsamer Weise die erste Aufgabe der Gesetzgebung darin, lediglich zu begreifen, nicht aber nach Gutfinden und Willkür selbst zu bestimmen.[3]) Es glückte der Puchta-Savigny'schen Ansicht, als Bestandteil der römisch rechtlichen Lehre, von germanistischer Seite nur wenig angefochten, die Lehrstühle der Universitäten zu erobern und diese Herrschaft einige Menschenalter hindurch bis in unsere Tage festzuhalten. Sie nahm von den Lehrstühlen ihren Weg zu der studierenden Jugend, und drang in rascher Folge in die Urteilssprüche der Gerichtshöfe und die Schriftsätze der Anwaltschaft ein. Aber sie machte Halt vor den Pforten der Gesetzgebung. Hier sollten sich die Dinge stärker erweisen als die Menschen. Wohl niemals hatte eine Staatskunst schwierigere, verantwortungsvollere, so sehr alle Höhen und Tiefen des Volkslebens umfassende Aufgaben zu lösen, als sie die deutschen Regierungen seit Beginn des Jahrhunderts vorfanden. Die französische Revolution und ihre Waffengänge hatten die Ordnung des alten Europa in ihren Grundvesten erschüttert, wohlerworbene Herrschafts- und Besitzrechte zerstört, in den Grenzen, Beständen und Beziehungen der Staaten sowie in der socialen Machtgliederung innerhalb der Schichten des Völkerlebens gewaltige Veränderungen hervorgerufen. Es galt zugleich staatliche Neubauten zu gründen, das Verhältnis von Regierung und Volk, von Staat zu Staat, vom Staat zur Kirche nach modernen Gesichtspunkten zu gestalten und in stufenmässigem Fortschritt eine frische

---

[1]) Böhlau, Mecklenburgisches Landrecht, Band I., S. 315 ff.

[2]) Stahl, Philosophie des Rechts, Band II., S. 242 ff, angeführt in August Sturm, der Kampf des Gesetzes mit den Rechtsgewohnheiten, S. 8.

[3]) Adolf Schmidt, zur Lehre vom Gewohnheitsrecht, 1881, S. 16.

Epoche socialen Lebens heraufzuführen. Dazu kam, dass gesetzgeberische Unterlassungssünden, welche in der lehenrechtlichen Verkrüppelung der deutschen Staatswesen und der „monströsen“ Verfassung des heiligen römischen Reichs deutscher Nation wurzelten, gebieterisch Abhilfe erheischten, und die Bedürfnisse der veränderten Zeitlage, die erhöhten Ansprüche eines verjüngten Volkstums an seine rechtliche Kultur nach Befriedigung drängten. Aber die Ersetzung des Alten durch das Neue erfolgte nicht im Geiste der historischen Schule, in den Bahnen einer kampflosen Idylle, in stillem allmählichem Wachstum, durch ein auf allgemeiner Volksüberzeugung und dem Gefühle innerer Notwendigkeit beruhendes Gewohnheitsrecht. Die nationale und gesellschaftliche Wiedergeburt erwuchs dem vielverschlungenen Getriebe menschlicher Zwecke entsprechend, unter dem Zeichen eines fortgesetzten zähen und erbitterten Ringens, in welchem das bedrohte Interesse des Bestehenden mit vorwärts strebender Ungeduld bei wechselndem Erfolge ihre Kräfte massen. Verschiedenheit der Meinungen, Bewegungen und Gegenbewegungen, Anläufe und tastende Versuche, Zersplitterung in politische, kirchliche und wirtschaftliche Parteien überall, einheitliche Rechtsüberzeugung nirgends! Der Gegensatz der Nützlichkeitsrücksichten und Interessen schafft sich in der Presse und Vereinen einflussreiche Organe und findet lauten Widerhall in den Redekünsten der Parlamentstribüne. Es würde Raum und Absicht unserer Erörterung weit überschreiten und hiesse bekannte Dinge wiederholen, wollten wir auch nur die wichtigsten der modernen Rechtserrungenschaften, die Mannigfaltigkeit der vorbereitenden, hemmenden und fördernden Geschehnisse und die vielfachen durch den Wechsel der Anschauungen und Machtverteilung hervorgerufenen Schwankungen in den allgemeinsten Umrissen kundthun. Zur Erläuterung der obigen Ausführungen erscheint es hinreichend einige Hauptpunkte namhaft zu machen. Als solche mögen hier Platz finden: Die Umgestaltung der politischen Verfassungen und Wehrordnungen, die Schul-,

Kirchen-, Zoll-, Social-, Gewerbe- und Agrargesetzgebung, insbesondere die Abschaffung der Feudallasten und zünftigen Gerechtsame, die Trennung von Verwaltung und Rechtspflege, die Aufhebung der Patrimonialgerichtsbarkeit, die an die Annahme des Mündlichkeits- und Oeffentlichkeitsprinzips sich knüpfenden Processreformen. In Bezug auf das Privatrecht dürfte es genügen auf die zahllosen in den particularrechtlichen und reichsrechtlichen Codificationen und Einzelgesetzen enthaltenen Neuerungen hinzuweisen. Als Beleg für die Schwankungen sei angeführt die Geschichte der Todesstrafe, die Kirchen-, Zins-, Actiengesetze, die Wandlungen, welche die deutsche Gewerbeordnung erfahren hat.

Die theoretische Unterstützung welche die im Banne der Rechtsansicht unserer historischen Schule befangene Jurisprudenz der Gesetzgebung verweigerte, wurde derselben durch einen jüngeren Zweig der Staatswissenschaften, die Nationalöconomie gewährt, welche sich mehr als die Rechtswissenschaft des inductiven Verfahrens bediente, aus den praktischen Offenbarungen der Vergangenheit und Gegenwart ihre Sätze ableitete und unter Verzicht auf ein weltentfremdetes Stillleben sich von der Praxis ebenso willig befruchten liess, als sie dieselbe mit ihren Anregungen wieder befruchtete. Indem wir in folgendem den Versuch machen die Lehre vom sogen. Gewohnheitsrecht in bewusster Anlehnung an die Ergebnisse der neueren Volkswirtschaftslehre zu gestalten, erachten wir es an dieser Stelle für geboten, uns gegen den Vorwurf zu verwahren, als ob wir Jurisprudenz und Nationalöconomie vermengen, oder gar, wie der beliebte Ausdruck lautet, die Jurisprudenz an die Nationalöconomie ausliefern wollten. Wir verkennen keineswegs die selbstständige Bedeutung der Rechtswissenschaft und ihren berechtigten Anspruch auf eigene Sprache und Technik. Noch weniger, dass das Recht im Staat und für den Staat nicht bloss volkswirtschaftliche, sondern auch andere, höhere und edlere Aufgaben zu lösen hat, dass sein Arbeitsgebiet ein umfangreicheres, dass weder die Mittel noch das zu er-

strebende Ziel für Recht und Volkswirtschaft sich völlig decken. Aber das kann uns nicht abhalten einzuräumen, dass ein Widerspruch zwischen den Idealen des Rechts und der Volkswirtschaft nicht existirt, dass somit die Volkswirtschaft, soweit die Rechtsgesetze volkswirtschaftlichen Inhalt haben, und dies trifft für den weitaus grössten Teil derselben zu, in vorderster Reihe befähigt ist mitzusprechen, über die Ursachen volkswirtschaftlicher Vorgänge, die Triebfedern beim wirtschaftlichen Handeln, über die Folgen der in den Rechtssätzen niedergelegten volkswirtschaftlichen Systeme, insbesondere auch über die Beschaffenheit der Normen Aufklärung zu geben, welche das Verkehrsleben ohne Einwirkung von aussen aus seinem eigenen Schosse hervorzubringen vermag und hieraus Schlüsse bezüglich einer vernunftgemässen Gestaltung des Verhältnisses von Staat und Recht zu ziehen. Zudem erscheint die Verwertung nationalöconomischer Begriffe und Resultate für das Recht keineswegs ohne Vorgang. Schon im Jahre 1857 hat Dankwardt mit seiner „Nationalöconomie und Jurisprudenz" diesen Weg erfolgreich betreten. Thöl und Goldschmidt[1]) sind im Bereiche des Handelsrechts in massvoller und besonnener Weise gefolgt. Durch die bahnbrechenden rechtsphilosophischen Arbeiten Jhering's hat die Richtigkeit der Grundanschauungen der neueren Volkswirtschaftslehre wiederum eine wertvolle Bestätigung von zuständigster Seite erfahren, welche eine sichere Gewähr für die Möglichkeit und Dauer einer Wechselwirkung zwischen beiden Wissenschaften bietet. Seitdem beginnt auch die Rechtswissenschaft mehr und mehr umzukehren und sich von den Fesseln einer veralteten Rechtsphilosophie zu befreien.

Für die heute herrschende Nationalöconomie bildet der Staat die Grundlage der Erörterungen[2]). Er gilt

[1]) siehe Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, 2. Auflage, Band I., Vorrede S. 7.

[2]) Eine Zusammenstellung von Schriftstellern dieser Richtung siehe Adolf Wagner, allgemeine oder theoretische Volkswirtschaftslehre, 2. Auflage, Band I. S. 1-5.

als der berufene Träger der Interessen der Gattungsexistenz, als Mittel- und Crystallisationspunkt des gesellschaftlichen Organismus, als der Baum, in dessen Schatten allein Wohlfahrt, Freiheit und Gesittung gedeihen kann. Der einzelne Mensch wird in seinem wirtschaftlichen Handeln in erster Linie von dem Triebe der Selbsterhaltung bestimmt. Dieser Selbsterhaltungstrieb wirkt allerdings nicht, wie vielfach angenommen wird, mit der ehernen Notwendigkeit eines Naturgesetzes. Er steht zu dem Willen nur in dem Verhältnis eines Bestimmungsmoments, das, wie hoch man immer seinen Einfluss anschlagen mag, keineswegs unbedingt die Entschliessungen lenkt, sondern durch andere edle und unedle Motive in seiner Wirksamkeit gehemmt oder gefördert werden kann, mithin sich der Macht der Erziehung und sittlicher Kultur zugänglich erweist. Die Bethätigung des Eigeninteresses äussert sich nach der Seite des Verkehrslebens in dem Streben die grösste Summe wirtschaftlicher Güter in kürzester Zeit unter Aufwendung einer möglichst geringen Menge von Arbeitskraft und ohne Rücksichtnahme auf die Schädigung des andern zu erwerben, in socialer Hinsicht in dem Bemühen eine gesellschaftliche Stellung zu erringen, die errungene zu behaupten und zu verbessern. Angesichts der natürlichen Ungleichheit der Menschen und der Verschiedenheit der Bedingungen ihrer Entwicklung erzeugt das egoistische Fürsichstreben die Unterdrückung des Schwachen durch den Starken und damit Zustände der Abhängigkeit und Unfreiheit, als deren Daseinsform uns im Altertum die Sclaverei, im Mittelalter die Leibeigenschaft, und im modernen Staat das Proletariat entgegentritt. Da durchschnittlich kein so hoher Grad von Rechts- und Gemeinsinn als vorhanden angenommen werden kann, dass der einzelne von sich aus in der Verfolgung seiner Erwerbsabsichten durch die Beeinträchtigung der Wohlfahrt seiner Mitmenschen sich beirren liesse, so würde der sich selbst überlassene Verkehr mit der Entfesselung der niedrigen Kräfte der menschlichen Natur das Schauspiel des Faustrechts, des Krieges aller gegen alle bieten, in welcher der

Mächtige den Mindermächtigen, gewissenlose Selbstsucht über die Ehrlichkeit den Sieg davontrüge. Als Folge eines solchen Zustandes der Volkswirtschaft würde sich in steigendem Masse die Anhäufung von Reichtümern in der Hand weniger, Ausbeutung der Armen durch die Reichen, Vertiefung des Klassengegensatzes zum Klassenhass und hiedurch die zeitliche Wiederkehr gewaltsamer Umwälzungen ergeben. Das auf der Souveränität der Einzelinteressen fussende System ist aber nicht nur ausser Stande die ungleichwertigen in ihren Bestrebungen sich durchkreuzenden Kräfte zu einem friedlichen Zusammenleben und Zusammenwirken auf die Dauer zu verbinden, es vermag auch eine ganze Reihe von Bedürfnissen, die sogenannten Gemeinbedürfnisse teils gar nicht, teils nur ungenügend zu befriedigen. Es erwächst daher für die Zwangsgemeinschaft des Staates die Verpflichtung in planmässig gleicher Bereitschaft je nach Erfordernis der Umstände in den Arbeitsgliederungs- und Verkehrsprocess einzugreifen, für die zu Gunsten einzelner gefährdete Gesamtentwicklung den Kampf aufzunehmen, gegen die Auswüchse der Selbstsucht zum Schutze der Schwachen und zur Hebung des Loses der besitzlosen Klassen civil- und strafrechtliche Massnahmen zu treffen, welche eine gerechtere Verteilung des Volkseinkommens und einen erhöhten Anteil auch der Minderbemittelten an den Segnungen der Gesittung herbeiführen, und so die Volkswirtschaft aus einem Naturerzeugnis zum Kulturprodukt veredeln. Wie die Notwendigkeit des Staates auf der eigentümlichen Artung des menschlichen Trieblebens, so beruht die Berechtigung zur Regelung der Privatverhältnisse durch den Staat auf der Erfahrungsthatsache, dass nur durch zwangsweise Beschränkung der Willensfreiheit der Daseinszweck des Individuums zu verwirklichen ist. Der Staat ist, wie Jhering treffend bemerkt, die Gesellschaft welche zwingt,[1] die Gesellschaft als Inhaberin der organisirten Zwangsgewalt.[2] Das Recht ist nur die

[1] Jhering, der Zweck im Recht, Band I., S. 307.

[2] ebendaselbst S. 140.

ihres eigenen Vorteils und damit der Notwendigkeit des Masses sich bewusst gewordene Gewalt, nicht etwas im Wesen von ihr verschiedenes, sondern nur die rechte, richtige, weil an Regeln sich bindende, die disciplinirte Gewalt im Gegensatz zu der wilden, rohen[1]). Recht ist das System der durch Zwang gesicherten socialen Zwecke[2]), kein logischer, sondern ein Kraftbegriff[3]). Die Pflege des Rechts d. i. die Handhabung der socialen Zwangsgewalt ist die vitale Lebensfunction des Staates[4]). Die Meinung, dass den Verhältnissen die denkbar beste, alle Seiten und Beziehungen berücksichtigende, ja die einzig mögliche Regelung eingeboren sei, lässt sich mit der Mannigfaltigkeit rechtlicher Gestaltung, denen ein und derselbe Thatbestand im Laufe der Geschichte unterworfen war, ebensowenig in Einklang bringen als mit der Natur der Dinge. Die menschlichen Verhältnisse vermögen sich einer unbefangenen Betrachtungsweise weder so klar, einfach und durchsichtig darzustellen, dass die rechtliche Normirung mit einem gewissen Thatbestand von selbst gegeben erscheint, noch so starr und unbeweglich, dass nur eine einzig vernunftgemässe Form der Normirung sich denken liesse. Der Haushalt menschlicher Kultur verfügt keineswegs über eine so kärgliche Ausstattung, dass er den Dingen nur eine Form, nur einen Zuschnitt verleihen könnte. Die thatsächlichen Verhältnisse gleichen Bausteinen, welche erst durch bewusste menschliche Thätigkeit zu einem einheitlichen Bau mit bestimmtem Styl und menschenwürdiger Einrichtung sich zusammenfügen. Diese Thätigkeit kann im Leben der Gemeinschaft nur der Staat, als alleiniger Inhaber von Zwangsmitteln entfalten. Daraus folgt: Der Staat ist die einzige Quelle des Rechts[5]). Der Inhaber der

[1]) Jhering, der Zweck im Recht, Band I. S. 251.

[2]) ebendaselbst, S. 240.

[3]) Jhering, der Kampf um's Recht, 3. Aufl. S. 22.

[4]) Jhering, der Zweck im Recht, Band I. S. 307.

[5]) So übereinstimmend Jhering, der Kampf ums Recht, S. 28. Zweck im Recht, Band I. S. 317, Rösler, über die Gesetzmässigkeit

Staatsgewalt ist in der Lage auch die privaten Angelegenheiten der Staatsangehörigen nach Belieben zu ordnen. Das Erwerbsrecht trägt keinen privaten, sondern einen öffentlichen Charakter. Der Verkehr — wir denken dabei ausschliesslich an den Verkehr innerhalb von Staaten, und lassen vorstaatliche Zustände als für unsere Erörterung von untergeordnetem Belang, ausser Betracht — bringt nur Rechtsgewohnheiten, aber kein Gewohnheitsrecht hervor. Die Rechtsgewohnheit bildet ein Erzeugnis desjenigen Teils des Verkehrs, welcher ausserhalb der Sphäre des Gesetzes sich bewegt, sei es dass es hinsichtlich gewisser Geschäfte eine gesetzliche Regelung fehlt, oder dass die Parteien einer vorhandenen gesetzlichen Regelung keine Beachtung schenken. Im Bereiche des Verkehrs aber bezwecken die Parteien nichts als wirtschaftliche und gesellschaftliche Erfolge. Dies gilt für die mit staatlicher Anerkennung versehenen Geschäfte, die Rechtsgeschäfte im engeren Sinn nicht minder als für diejenigen, welche des staatlichen Schutzes entbehren. Der Unterschied zwischen beiden Arten von Geschäften liegt nicht in der Endabsicht der Parteien, sondern einzig und allein in der Wirkung, indem bei den Rechtsgeschäften im engeren Sinne die Parteizwecke seitens des Staates übernommen und gesichert werden, bei den übrigen dagegen nicht oder doch höchst unvollständig[1]). Wenn wir auch für die letztere Gattung

---

der volkswirtschaftlichen Erscheinungen, S. 25, in Hirth's Annalen des deutschen Reichs, Jahrgang 1875, G. Schmoller, über einige Grundfragen des Rechts und der Volkswirtschaft, S. 53-54, 58 ff, G. Schönberg, Handbuch der politischen Oekonomie, Band I. S. 55, 2a5 ff, Lorenz Stein, der Socialismus und der Communismus des heutigen Frankreichs, S. 56 ff, Adolf Wagner in dem angef. Werke, Band I. S. 71, 216 ff, siehe auch Binding, Handbuch des Strafrechts, Band I. S. 19 ff, 202 ff, Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 3. Auflage S. 80 ff, 88, Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, S. 1, 10, 19.

[1]) O. Lenel, Parteiabsicht und Rechtserfolg, in Jherings Dogmatischen Jahrbüchern, Band 19, S. 155 ff, siehe insbesondere S. 160, 163/164, 198, 250.

die Bezeichnung Rechtsgeschäfte, für eine bei ihrer Abwicklung befolgte übliche Verfahrensweise die Bezeichnung Rechtsgewohnheit in Anspruch nehmen, so verhehlen wir uns nicht, dass der Ausdruck Recht hier in einer von der oben gegebenen etwas abweichenden Bedeutung zur Verwendung gelangt. Trotzdem erachten wir die gewählte Bezeichnung für zutreffend. Weniger mit Rücksicht auf die Thatsache, dass die Parteizwecke bei den staatlich geschützten und nicht geschützten Geschäften übereinstimmen, oder dass jenseits des staatlichen Einflusses liegende Umstände den äusseren Erfolg, den thatsächlichen Besitz und Genuss ohne Inanspruchnahme staatlichen Zwangs verbürgen können, als vielmehr deshalb, weil die staatliche Zwangsgewalt in Form von Besitzesschutz, Anerkennung des Eigenthums des dritten redlichen Erwerbers u. s. w. auch in den Kreis der staatlich zunächst nicht geschützten Geschäfte und Gewohnheiten, die Zwecke der Parteien unterstützend herübergreift, d. h. specifisch rechtliche Wirkungen mit denselben verknüpft. Für die Bezeichnung Rechtsgewohnheit spricht endlich der Umstand, dass dieselbe wie das Gesetz eine den Willen der Handelnden bestimmende Richtschnur abgibt. Indem man im Verkehr gewohnheitsmässig dem gleichen gesellschaftlichen oder wirtschaftlichen Erfolg in denselben Formen zustrebt, handelt man nach einer Regel, welche sich vom Gesetz nicht hinsichtlich des Gegenstandes sondern nur hinsichtlich des allerdings wichtigen Merkmals der Erzwingbarkeit unterscheidet. Es bedarf nach den bisherigen Ausführungen kaum einer besonderen Hervorhebung, dass die Bildung oder Anwendung von Rechtssätzen nicht den eigentlichen Willensinhalt der Parteikundgebungen ausmacht. Der Verkehr ist kein Uebungsplatz für Rechtsgymnastik, sondern ein wirtschaftliches Kampfgefilde, die Parteien haschen nicht nach der blauen Blume eines idealen Rechts, sondern verfolgen wirtschaftliche Ziele. Nicht ein unwandelbares Rechtsgefühl beherrscht das Thun und Lassen des Verkehrs, sondern umgekehrt geben die nüchternen Nützlichkeits-

erwägungen des wirtschaftlichen Lebens der Rechtsgewohnheit Charakter und Gepräge. Die Rechtsgewohnheit ist nichts als eine sekundäre, unbeabsichtigte Folge, welche bei einer anderweitigen Thätigkeit sich einstellt, ein Abfall von der reichbesetzten Tafel des Verkehrs, in den meisten Fällen eine Sumpfpflanze des Egoismus, ein Schatten, den die Selbstsucht wirft. Man würde das Kind mit dem Bade ausschütten, wollte man unter völliger Nichtberücksichtigung der im Menschen vorhandenen edleren Triebe die Entstehung sämtlicher Rechtsgewohnheiten aus dem Eigennutz herleiten. Die Anschauung, welche in der Selbstsucht die hauptsächlichste, die mächtigste Triebfeder beim wirtschaftlichen Handeln erblickt, schliesst von vornherein die Vorstellung aus, als ob die Selbstsucht der einzige, ausschliessliche Beweggrund alles wirtschaftlichen Handelns sei. Auf jenen Rechtsgebieten, welche mit den idealen Mächten der Religion, dem Familiensinn und ähnlichen mehr in besonders nahem Zusammenhang stehen, welche daher naturgemäss dem Einfluss derselben stärker ausgesetzt sind, haben es diese Mächte von jeher verstanden, ideale Interessen auch innerhalb des Verkehrslebens zur Geltung zu bringen, und so auf dem Wege der Gewohnheit Normen zu schaffen, welche an innerem Gehalt mit den staatlichen einen Vergleich nicht zu scheuen brauchen. Solche Normen finden sich häufig bezüglich der res sacrae, sanctae, religiosae. Dahin gehören die Bestimmungen, welche die rechtliche Ausnahmestellung der Minderjährigen, Frauen, Wahnsinnigen, körperlich Gebrechlichen begründen, und zahlreiche Satzungen des Familien- und Erbrechts. Gehen wir nun zu jenem Teile des Verkehrs über, welcher mehr oder weniger unberührt von dem Hauche idealer Mächte, im wesentlichen auf der Unterlage der Selbstsucht ruht, so haben wir, soweit die in seinem Schosse sich bildenden Rechtsgewohnheiten und ihr socialer Charakter in Frage kommt, zwei Gruppen scharf zu sondern. Die Rechtsgewohnheit, welche dem Boden der ersten Gruppe entstammt, trägt äusserlich durchweg den Stempel der aequitas auf der Stirne.

Diese Gruppe zerfällt wieder ihrerseits in zwei Unterabteilungen. Die erste Unterabteilung umfasst die Fälle, in welchen eine Interessengemeinschaft zwischen den Parteien besteht. Eine solche Interessengemeinschaft wird regelmässig stattfinden in Bezug auf die Form und Sicherungsmittel von Verträgen oder in den Verhältnissen der societas und communio, nicht selten auch in Bezug auf Fristbestimmung und dergleichen. Die zweite Unterabteilung erstreckt sich auf wirtschaftliche Thatbestände, welche gegensätzliche Interessen, das des Käufers und Verkäufers, Mieters und Vermieters, des Producenten und Konsumenten, des Kommissionärs und Kommittenten, aufweisen. Sie erstreckt sich aber nur auf die Fälle, in welchen im Kampfe der Interessen das Stärkeverhältnis auf beiden Seiten das gleiche ist, in welchen die den ringenden Parteien zur Verfügung stehenden geistigen und wirtschaftlichen Mittel sich gegenseitig die Wage halten. Hier werden die Parteien durch die Aussichtslosigkeit den ebenbürtigen Widerpart niederwerfen zu können, im eigenen Interesse dazu genötigt, sich mit dem Gegeninteressenten auf dem Fusse der Gleichberechtigung zu vertragen. Jeder Teil hat behufs Ermöglichung eines dauernden Verkehrs Opfer zu bringen, und Wünschen, welche mit der Rücksicht auf beiderseitige wirtschaftliche Selbstbehauptung sich nicht vereinen lassen, zu entsagen. Auch die in diesem Verkehrsabschnitt sich bildende Rechtsgewohnheit, deren Kern die Handelsgebräuche, pflegt den Erfordernissen ausgleichender Gerechtigkeit zu genügen. Wenn die historische Schule nur in unserer ersten Gruppe von Rechtsgewohnheiten den Widerschein einer allgemeinen Rechtsüberzeugung gefunden hätte, so könnte man dies im Hinblick auf die äussere Gestaltung dieser Gattung von Rechtsgewohnheiten begreifen. Ganz anders liegt dagegen die Sache bei der zweiten Gruppe, welcher wir nunmehr näher treten wollen. Derselben gehört die Gesamtheit der Verhältnisse an, bei welchen die zwei Voraussetzungen eines Gegensatzes der Interessen und der Ungleichheit der zur Verfügung stehenden Mittel zutreffen.

Hier steht der Grossgrundbesitzer dem Kleinbauern, der Lehensherr dem Vasallen, der Freie dem Hörigen, der Kapitalist dem Mittellosen, der Unternehmer dem Arbeiter gegenüber, und der wirtschaftliche Kampf endet bei der Ueberlegenheit des einen Teils mit dem Siege des Starken. Die Wiederkehr desselben wirtschaftlichen Anlasses führt angesichts der Ungleichheit der sich messenden Kräfte stets zu demselben ungünstigen Resultate für die Schwachen. Jeder errungene Vorteil befestigt die Lage des wirtschaftlich Stärkeren und spornt seine Genossen zur Nachahmung an. Der Schwache ohnehin durch zahlreiche, schwer lösbare Bande der Abhängigkeit an den Starken gekettet, ist unfähig den sich mehrenden Uebergriffen Einhalt zu gebieten. Der Nachlass der Wiederstandskraft, eine Folge des fortgesetzten Drucks, dient nur dazu, die nimmersatte Begehrlichkeit des wirtschaftlich Ueberlegenen zu steigern. Die Rechtsgewohnheiten unserer zweiten Gruppe zählen zu den Gebräuchen, wovon der Bruch mehr ehrt als die Befolgung. Sie verdanken ihre Entstehung und ihren Bestand nicht einer allgemeinen Rechtsüberzeugung, sondern der rückhaltlosen Geltendmachung einseitigen Klasseninteresses. Diese Gattung von Rechtsgewohnheiten spielt in der Geschichte eine ebenso wichtige als verderbliche Rolle. Sie treiben, wo immer eine ungehemmte Entfaltung ihnen verstattet ist, das zersetzende Gift der Zwietracht in die Adern der Völker, errichten eine breite Scheidewand zwischen Klasse und Klasse, verkümmern den Lebensgenuss der einen, die Moral beider Teile, streuen revolutionären Samen dahin und dorthin, und werden durch die ihnen innewohnende Verletzung der Gerechtigkeit zu Nährmüttern socialer Katastrophen, zu einer ernsten Gefahr für jede Kultur. Wehe dem Staat, der ihnen nicht steuert!

Die dumpfe Principienhaftigkeit der Puchta-Savigny'schen Schule verstand sich nicht einmal dazu, der zweiten Gruppe von Rechtsgewohnheiten eine Ausnahmestellung einzuräumen. Das Ausplünderungssystem der römischen Steuerpächter, soweit es zu festen Gewohnheiten

sich verdichtet hatte, wurde in missverständlicher Auslegung der Pandekten ebenso auf den von Rechtsüberzeugung getragenen nationalen Willen zurückgeführt[1]) als das feudale Hofrecht[2]). Selbst das Reichsherkommen des heiligen römischen Reichs deutscher Nation fand Gnade vor den Augen der historischen Schule[3]). Man kann zugeben, dass derartige Auslassungen einen mehr gelegenheitlichen Charakter tragen. Aber den Versuch ihre Theorie mittels der Rechtsgeschichte zu begründen, ist die historische Schule überhaupt schuldig geblieben, obwohl der Entwicklungsgang von Rechtsgewohnheiten der zweiten Gruppe durch zahlreiche Perioden wirtschaftlicher Unfreiheit klargestellt ist. Es steht fest, dass Armut, wirtschaftliche Verschuldung und das Bestreben den Heerbann loszuwerden, welcher einem geordneten Betriebe des Ackerbaus im Wege stand, den deutschen Bauern des Mittelalters auf seine persönliche Freiheit verzichten liessen. Man kennt Fälle freiwilliger Hörigkeit in Folge von Hungersnot[4]). Kindlinger in seiner Geschichte der deutschen Hörigkeit, weiss sogar den ungeheuerlichen Fall zu berichten, dass die Leibeigenschaft eines noch ungeborenen Kindes als Pachtschilling versprochen wurde[5]). Noch niemals ist es Jemand eingefallen, das unter dem Deckmantel des Gewohnheitsrechts vollzogene Bauernlegen im 17. und 18. Jahrhundert mit einer allgemeinen Rechtsüberzeugung in Verbindung zu setzen. Wäre die Rechtsgewohnheit Ausfluss allgemeiner Rechtsüberzeugung, so müsste gerade sie in Zeiten der Gährung und Umwälzung einen Pol in der Erscheinungen Flucht bilden. Wie verhält es sich aber in Wahrheit damit? Richteten nicht die grossen Bauernaufstände, der englische des Jahres 1381, die Jacquerie in Frankreich,

---

[1]) Adolf Schmidt in der oben angeführten Abhandlung.

[2]) Puchta, das Gewohnheitsrecht, Band I. S. 127-128.

[3]) ebendaselbst, Band II. S. 225ff.

[4]) Wilhelm Roscher, die Grundlagen der Nationalökonomie, 9. Auflage, S. 129, Anm. 5.

[5]) ebendaselbst S. 129 Anm. 7.

der deutsche Bauernkrieg ihre eigentliche Spitze gegen den Bestand von Gewohnheitsrecht und die in ihm verkörperte Klassenherrschaft? Drangen nicht die „zwölf Artikel", die cahiers des Jahres 1789 in erster Linie auf Abschaffung von Rechtsgewohnheiten? Anlässlich der Beratungen behufs Fertigstellung des preussischen Landrechts wurde die Entstehungsweise von Rechtsgewohnheiten der zweiten Gruppe treffend wie folgt gekennzeichnet:

„Wenn Cajus nicht erweisen kann, dass er seit rechtsverjährter Zeit seine Unterthanen im Dienste nicht gespeist habe, so nimmt er seine Zuflucht zur Observanz. Er bringt ein Attest des Landrats, der sich auch gern von der Speisung frei machen will, dass an einigen Orten die Unterthanen im Kreise nicht gespeist werden. Er lässt Zeugen abhören, dass Titus, Sempronius, seine Nachbarn ihre Unterthanen nicht speisen; dabei wird nicht untersucht, ob diese mit Recht die Speisung verweigern[1])".

In der Jetztzeit böte vornehmlich die Grossindustrie ein geeignetes Feld für das Gedeihen der Klassen-Rechtsgewohnheiten dar, wenn nicht die Wachsamkeit des Staates die Ansätze hiezu, welche sich im Truksystem, allzu ausgedehnter Arbeitszeit, gesundheitsschädlicher Beschäftigung von Kindern, jugendlichen und weiblichen Arbeitern zeigte, durch Arbeiterschutzgesetze im Keime erstickte.

---

[1]) angeführt in E. Meier, die Rechtsbildung in Staat und Kirche S. 23 ff, in gleichem Sinne, siehe auch die in dem oben erwähnten Werke Puchtas, Band II, S. 127 angeführte Stelle aus Wesenbecks Paratitla I, 3 § 9.

## II.

Die grosse Zahl von Theorieen des Gewohnheitsrechts und die Lebhaftigkeit, mit welcher der Streit der Meinungen hinsichtlich dieses Gegenstandes geführt wird, vermag eine unbefangene Betrachtungsweise darüber nicht hinwegzutäuschen, dass die meisten der Erörterungen bezüglich der letzten Gründe der Anschauungsweise einig gehen, und dass der wissenschaftliche Fortschritt, welcher in ihnen zu Tage tritt, in umgekehrtem Verhältnis zu der Zahl der Theorieen steht. Indem wir von der Grundanschauung der historischen Schule uns loslösen, glauben wir nicht nur eine veränderte Stellungnahme zu einer Reihe von einschlägigen Fragen vorbereitet zu haben, sondern zugleich an der Hand dieser Stellungnahme entscheidendes Material zur Erhärtung der Unhaltbarkeit der herrschenden Lehre beibringen zu können. Der beschränkte Zweck unserer Abhandlung verbietet es leider, die einzelnen Punkte eingehend zu erörtern. Wir müssen uns darauf beschränken, die Resultate, welche sich aus unserer Grundlegung ergeben, in flüchtigen Zügen zu skizziren und werden uns nur in einem Falle, der Frage der Berechtigung einer Zweiteilung der Gewohnheiten in Gewohnheitsrecht und natürliche Gewohnheiten gestatten, hiervon eine Ausnahme zu machen. Ueber das Verhältnis des staatlichen Rechts, des Gesetzes zur Rechtsgewohnheit gehen die Ansichten weit auseinander. Der historischen Schule gilt als Quelle des Rechts die Volksüberzeugung, welche in der natürlichen Gemeinschaft ihre Grundlage habe. Nicht die Macht der Individualität und die im Wesen der Individualität wurzelnde Verschiedenheit der Interessen und Bedürfnisse bestimmen das Handeln der Menschen, sondern die Kraft des Gemeinschaftsbewustseins. Diese Kraft sei eine so allumfassende und allbewegende, dass sie alle Sondernisse ihrem Willen unterwerfe, in dem

Bewusstsein der Glieder des Volks und darum mit Naturnotwendigkeit auch in den Handlungen hervortrete, „welche nach jenem Bewusstsein eingerichtet und also Anwendung, Uebung des Rechts seien, so dass das Thun des einzelnen nur als Reflex des Nationalbewusstseins erscheine“. Eine strenge Durchführung des Systems hätte dahin führen müssen, dem Gesetze den Charakter des Rechts überhaupt abzusprechen. Aber der Einfluss des Gesetzes war doch zu überwältigend, zu gegenwärtig, zu greifbar, als dass man hätte wagen dürfen, die äussersten Folgerungen zu ziehen[1]). Man beschied sich damit, staatliches und Gewohnheitsrecht einander praktisch gleich zu stellen, so dass die jüngere Gewohnheit dem älteren Gesetz, das jüngere Gesetz der älteren Gewohnheit vorgehen sollte. Die Gleichstellung wurde auf dem Wege der Fiktion bewerkstelligt, bald, indem man das Gesetz als Erzeugnis eines durch die Verfassung gegebenen Organs lediglich mit Rücksicht auf seine Form als Willen der Gesamtheit anerkannte, bald indem man dasselbe als mittelbaren oder ausdrücklichen Volkswillen von dem Gewohnheitsrecht als unmittelbarem oder stillschweigendem Volkswillen unterschied. Der Hauptvorwurf, welcher der historischen Schule zu machen ist, die gänzliche Nichtbeachtung der Machtseite des Rechts, trifft nun allerdings ihre Gegner nicht. Diese wissen den staatlichen Charakter und Ursprung des Rechts sowie seinen Zusammenhang mit den Lebensinteressen und Bedürfnissen des Volks vollkommen zu würdigen und irren nur darin, dass sie dem Zuge der Mode folgend, die Rechtsgewohnheit allzu hoch bewerten. Dahin gehören Lüders[2]) und Reinhold Schmid[3]), welche die Geltungskraft der Rechtsgewohnheit auf die Thatsache zurückführen, dass die einzelnen Staatsmitglieder es sind, welche die

[1]) Dass ausnahmsweise diese Folgerung gezogen wurde, haben wir oben S. 3 am Beispiele Böhlaus gezeigt.

[2]) W. Lüders, das Gewohnheitsrecht, S. 38-39.

[3]) Rheinhold Schmid, Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts, S. 212 ff.

Rechtsgewohnheit hervorbringen, Dankwardt[1]), welcher die Rechtsgewohnheit für stillschweigenden Staatswillen erklärt und Meier[2]), welcher die gewohnheitliche Rechtsbildung auf dem Wege der Autonomie unter der Oberaufsicht der Staatsgewalt vor sich gehen lässt.

Die tiefe Kluft, welche unsere Auffassung von den übrigen trennt, besteht darin, dass wir in der Rechtsgewohnheit als solcher, Recht überhaupt nicht erkennen. Die Parteien wollen im Verkehr nicht Recht schaffen, sondern wirtschaftliche oder gesellschaftliche Erfolge erzielen. Für das Zweckbewusstsein der Parteien ist es ohne Belang, ob ihrem Begehren staatlicher Schutz zu teil wird oder nicht. Wäre dem anders, würde mit dem Eintritt staatlichen Schutzes die Absicht der Parteien geändert, d. h. statt auf wirtschaftliche Vorteile, auf Rechtswirkungen, auf die Anwendung von Rechtssätzen gerichtet sein, so würde, wie unseres Erachtens Lenel unwiderleglich dargethan[3]), der staatliche Schutz gar nicht demjenigen Geschäfte zukommen, welches der Staat schutzwürdig vorfand, sondern einem Geschäfte mit anderweitem Willensinhalt, was der Absicht des Gesetzgebers zuwiderläuft. Die Absicht der Parteien, erfährt auch dadurch keine Aenderung, dass sie demselben wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Zweck gewohnheitsmässig auf demselben Wege zustreben, dass sich eine übliche Verfahrensweise entwickelt. Die Absicht der Parteien, mag man dieselben als einzelne Contrahenten oder als Gesamtheit ins Auge fassen, bleibt auf wirtschaftliche und gesellschaftliche Erfolge gerichtet. Die Parteien wollen weder Recht bilden, noch anwenden. Sie stellen weder das Organ einer bestimmten Berufs- oder Interessensphäre, noch der lokalen Gemeinschaft, des Kreises, Bezirkes, der Provinz, des Staates dar, welchem sie angehören. Sie besitzen weder Vertretungsbefugnis noch Vertretungswillen, weder

[1]) H. Dankwardt, nationalökonomisch-civilistische Studien, 1862 S. 167 ff.

[2]) E. Meier, in dem angeführten Werke S. 23 ff.

[3]) O. Lenel in der angeführten Abhandlung S. 155.

das Recht noch die Macht dritte zu verpflichten und zu binden. Nehmen aber die Parteien in den Geschäften des Verkehrs nur die Erzielung wirtschaftlicher Erfolge in ihr Bewusstsein auf, und gründet sich die Wahl der zur Erreichung des gewünschten Erfolgs beliebten Mittel, ausschliesslich auf die Erfahrung, dass ein bestimmter wirtschaftlicher Erfolg thatsächlich stets auf einem gewissen Wege einzutreten pflegt, so folgt hieraus: Die von der herrschenden Theorie behauptete Zweiteilung der Rechtsgewohnheit in Gewohnheitsrecht, bei dessen Uebung die Parteien von einer opinio juris, einer Rechtsüberzeugung, oder doch mindestens der Ueberzeugung geltendes Recht anzuwenden, geleitet sein sollen und natürliche Gewohnheiten, bei deren Uebung jene Voraussetzungen mangeln, und sämtliche auf diese Unterscheidung bezüglichen Consequenzen sind hinfällig.[1]) Wir beschränken uns an dieser Stelle darauf, die Hinfälligkeit der Zweiteilung festzustellen, und verweisen bezüglich der ausführlichen Widerlegung der herrschenden Ansicht auf das letzte Kapitel unserer Erörterungen.

Dem Staate steht es frei den Gewohnheiten des Verkehrs seine Zwangsmittel zur Verfügung zu stellen, die gewohnheitsmässig erstrebten Erfolge zwangsweise zu sichern oder nicht.

Inwieweit der Staat der Verkehrsnorm seinen Arm leihen will, ist Sache legislativer Zweckmässigkeitserwägung, welche je nach der Anschauung der Zeit, dem Werturteile über die Rechtsgewohnheit und nach Massgabe der Machtmittel, welche dem Gesetzgeber zu Gebote stehen, verschieden ausfallen kann und nach Ort und Zeit verschieden ausgefallen ist.

Die Normen, durch welche der Staat bereits vorhandene

---

[1]) An dieser Unterscheidung wird noch in neuester Zeit festgehalten. Siehe die Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, Band I. S. 9-10, ferner G. Rümelin, das Gewohnheitsrecht in Jherings dogmatischen Jahrbüchern, Band 27, S. 231.

oder in Zukunft sich bildende Rechtsgewohnheiten mit seinem Schutze bekleidet, sind Blankettgesetze, deren specieller Inhalt sich aus den wechselnden Gebilden des Verkehrs zusammensetzt. Nur durch den staatlichen Schutz vermag sich die Verkehrsnorm zur Rechtsnorm auszuwachsen, und dem mit staatlichem Schutze versehenen Teil der Rechtsgewohnheiten kann man immerhin den Namen Gewohnheitsrecht belassen.

Die Gewährung staatlichen Schutzes versteht sich für die Rechtsgewohnheit keineswegs von selbst. Zu Gunsten der Gewährung lässt sich vor allem der Verjährungsgedanke und die Summe der aus der Rechtsgewohnheit bereits erwachsenen Rechtswirkungen anführen. Allein die Gründe gegen eine Gewährung des Schutzes überwiegen. Die Werke der modernen Gesetzgebung sind Kodifikationen und wollen für ein bestimmtes Territorium den gesammten Rechtsstoff in einheitlicher Weise regeln. Durch Bekleidung sämmtlicher Rechtsgewohnheiten mit dem staatlichen Schutze würde die Einheitlichkeit der Regelung der Rechtsverhältnisse nach der territorialen und systematischen Seite Schiffbruch leiden. Die Durchführung des Gedankens socialer Gerechtigkeit, wie ihn die Staatsgesetze erstreben, liefe Gefahr durch partikuläre und egoistische Sonderbestrebungen, zu deren Träger sich die Rechtsgewohnheit machen würde, durchkreuzt zu werden. Enthält daher eine Gesetzgebung in Beziehung auf den Schutz der Rechtsgewohnheit keine Bestimmung, so spricht eine begründete Vermutung dafür, dass der Rechtsgewohnheit staatlicher Schutz nicht zukommt.

Es dürfte allerdings ausserordentlich selten vorkommen, dass eine Gesetzgebung eine diesbezügliche Bestimmung unterlässt. Das Bestreben Missdeutungen vorzubeugen, die Rücksichtnahme auf eine geordnete Rechtspflege, sowie das Interesse über Wegfall oder Fortbestand des vor dem Inkrafttreten der betreffenden Gesetzgebung herrschenden Gewohnheitsrechts keinen Zweifel aufkommen zu lassen, werden fast immer eine ausdrückliche Regelung herbeiführen.

Es soll nicht in Abrede gestellt werden, dass unter Umständen trotz Mangels staatlichen Schutzes, ja selbst im Falle abweichender staatlicher Regelung eine Rechtsgewohnheit seitens des Verkehrs beobachtet werden kann, dass möglicherweise ein soziales Interesse, die Notwendigkeit in demselben Lebenskreise, in derselben oder ähnlicher Art geschäftlich verkehren zu müssen, davon abhalten, sich den Verpflichtungen aus einem gesetzlich nicht geschützten Geschäfte zu entziehen. In den Fällen des Interessenkampfes wird allerdings eine gesetzliche Regelung die Bildung entgegenstehender Rechtsgewohnheiten auf's äusserste erschweren, wenn nicht gänzlich verhindern.

Findet somit eine ausnahmsweise Beobachtung von Rechtsgewohnheiten auch im Falle des Mangels staatlichen Schutzes statt, so bleibt es auf der andern Seite dem Staate unbenommen, möglich und gegenüber den Rechtsgewohnheiten der zweiten Gruppe unter allen Umständen Pflicht, der Bildung und Existenz derjenigen Rechtsgewohnheiten, welche er für das Wohl der Gesamtheit schädlich hält, durch Strafgesetze, durch Präventiv- und Repressivmaasregeln entgegen zu treten. Für die Durchführung der auf die Rechtsgewohnheiten bezüglichen gesetzlichen Normen leistet die Thätigkeit der Gerichte Gewähr, welche nicht das Organ der Volksüberzeugung und eines ausserstaatlichen Gewohnheitsrechtes, sondern Staatsgerichte, den Gesetzen unterworfen sind[1]) und als berufene Werkzeuge des Staates zur Verwirklichung der in den Gesetzen niedergelegten Maximen der Gerechtigkeit und socialer Wohlfahrt dienen.

Kein von dem Bewusstsein seiner Aufgabe durchdrungener Staat wird, wofern er überhaupt die Rechtsgewohnheit schützt, derselben schlechthin derogatorische Kraft seinen Gesetzen gegenüber einräumen. Er wird vielmehr in Bethätigung seines ausschliesslichen Bestimmungsrechts die Rechtsgewohnheit entweder nur in beschränktem Umfang, nur insoweit gelten lassen, als er einen gewissen Thatbestand nicht, noch nicht oder nicht unbedingt allein regeln

[1]) Gvg. § 1 u. 15.

will, oder aber den Eintritt derogatorischer Wirkung davon abhängig machen, dass sich die Rechtsgewohnheit mit dem Staatszweck, dem in den Gesetzen verkörperten Gedanken sozialer Gerechtigkeit und den zur Verwirklichung des staatlichen Wohlfahrtszwecks bestimmten gesetzlichen Einrichtungen nicht in Widerspruch stellt. Das heisst, er wird die Rationabilität der Rechtsgewohnheit zur Vorbedingung staatlichen Schutzes machen. Die Rationabilität ist keine der Rechtsgewohnheit als solcher beikommende oder fehlende Eigenschaft, sondern ein Beurteilungsmassstab, welchen der Richter als Vertreter staatlicher Rechtspflege an der Hand des Gesetzes an die Rechtsgewohnheit zu legen hat. Der Staat, welcher Rationabilität fordert, spricht der Rechtsgewohnheit die Bedeutung einer selbständigen Rechtsquelle ab. Die ratio des Gesetzes soll über Sein oder Nichtsein von Gewohnheitsrecht entscheiden. Ueber Sein oder Nichtsein der gesetzlichen ratio entscheidet der Staat. Folglich entscheidet der Staat über Sein oder Nichtsein von Gewohnheitsrecht. Der Umfang der Geltung der Rechtsgewohnheit bemisst sich hier nach dem Masse ihrer Fähigkeit dem jeweiligen Wohlfahrtszweck des Staates sich anzugliedern und unterzuordnen. Aus der Thatsache, dass die justinianische Kodifikation die Geltung der Rechtsgewohnheit an das Erfordernis der Rationabilität geknüpft hat, folgt, dass auch das römische Recht den Staat und die Gesetzgebung als einzige Quelle des Rechtes betrachtet. Die Hauptstellen, welche von der Rationabilität der Rechtsgewohnheit handeln, sind bekanntlich l 39 D I, 3 und l 2 C 8, 52. Bezüglich der letzteren dürfte ein Zweifel darüber nicht obwalten, dass sie der consuetudo irrationabilis jegliche Geltung aberkennt. Ueber die Bedeutung der viel interpretirten l 39 D I, 3 und ihr Verhältnis zur Kodexstelle herrscht Streit. Wir schliessen uns der Meinung derer an, welche das Vorhandensein eines Widerspruchs zwischen den beiden Stellen verneinen. Nach der Kodexstelle unterbleibt der staatliche Schutz hinsichtlich jeder Rechtsgewohnheit, welche gegen ein bestehendes Gesetz oder eine aus bestehenden

Gesetzen sich ergebende ratio verstösst. Die Digestenstelle befasst sich mit dem Fall des Widerstreits von Rechtsgewohnheit und Gesetz überhaupt nicht, sondern ausschliesslich mit dem des Widerspruchs von Rechtsgewohnheit und ratio. Ein Widerstreit zwischen Rechtsgewohnheit und ratio kann in verschiedener Weise eintreten, entweder so, dass die Rechtsgewohnheit schon bei ihrem Entstehen einer gesetzlichen ratio zuwiderläuft, oder so dass die Rechtsgewohnheit bei ihrer Entstehung zwar nicht irrationabilis war, sei es dass sie auf einem Thatsachengebiete erwuchs, hinsichtlich dessen sich eine gesetzliche ratio nicht erkennen liess, oder dass sie zur Zeit ihrer Entstehung mit der gesetzlichen ratio in Uebereinstimmung sich befand, sondern erst später, nachdem sie eine Zeit lang staatlichen Schutz genossen, durch einen Wechsel der Gesetzgebung mit der ratio in Konflikt kommt. Die l 39 erkennt nun zunächst der consuetudo non ratione introducta, der durch error, durch Abirrung von der ratio entstandenen Rechtsgewohnheit den staatlichen Schutz ab. Sie begnügt sich aber nicht mit der Aberkennung in diesem Fall, sondern will dieselbe auf ähnliche Fälle – in aliis similibus — ausgedehnt wissen. Damit sind offenbar die Fälle gemeint, in denen nicht die Entstehung, sondern nur der Fortbestand von Gewohnheitsrecht mit der staatlichen ratio unverträglich ist. Die Rechtsgewohnheit befand sich zur Zeit ihrer Entstehung nicht in Widerspruch zur ratio und hat sich in Folge hievon zum Gewohnheitsrecht ausgewachsen. Es fragt sich nun: Kann bestehendes Gewohnheitsrecht nicht nur durch ein dasselbe unmittelbar aufhebendes späteres Gesetz, sondern auch durch eine aus anderen späteren Gesetzen sich ergebende mit der zu Gewohnheitsrecht gewordenen Rechtsgewohnheit unverträgliche ratio, kann bestehendes Gewohnheitsrecht nicht bloss durch eine lex posterior, sondern schon durch eine zuwiderlaufende ratio posterior aufgehoben werden? Diese spezielle Frage wird in l 39 D I, 3 in Uebereinstimmung mit der in der Kodexstelle gegebenen allgemeinen Richtschnur bejaht.

Der grundsätzlichen Stellungnahme des römischen Rechts

zur Rechtsgewohnheit entspricht es ferner, dass die römischen Juristen weder des mos unter den Rechtsquellen Erwähnung thun, noch irgendwo von Erfordernissen des Gewohnheitsrechts sprechen, ja dass Ulpian in l 33 D I, 3 den mos nicht nur der lex, sondern dem jus überhaupt gegenüberstellt. Auch die opinio necessitatis ist den Römern unbekannt. Letzteres ist kein Zufall, sondern Resultat ihrer Gesammtanschauung. Dem römischen Recht ist, wie Lenel in der mehrfach erwähnten Abhandlung dargethan, die Auffassung nicht fremd, dass die Parteien in den Geschäften des Verkehrs nur wirtschaftliche und gesellschaftliche Erfolge erstreben. Wenn aber die Parteien weder Recht schaffen noch anwenden wollen, so erhellt hieraus, dass von einer opinio necessitatis der Uebenden keine Rede sein kann, und dass eine über den Parteien stehende Macht das Recht schaffen muss.

Will der Staat den Schutz der Rechtsgewohnheit auf die Vorbedingung der Rationabilität abstellen, so muss dies ausdrücklich festgesetzt werden. Bei Schweigen der Gesetzgebung ist das Erfordernis der Rationabilität nicht anzunehmen. Der Staat kann von dem Erfordernis der Rationabilität jederzeit Abstand nehmen und pflegt dies zu thun, wenn hiedurch dem staatlichen Interesse kein Eintrag geschieht, was beispielsweise der Fall ist, wenn einerseits der Geltungsbereich der Rechtsgewohnheit sich auf Subsidiarität beschränkt, andererseits eine Regelung eines bestimmten Thatsachengebiets für verfrüht erachtet wird, da man der Entwicklung des Verkehrs nicht vorgreifen will.

Leiht der Staat der Rechtsgewohnheit seinen Schutz, so fragt es sich: Ist das durch die staatliche Anerkennung entstandene Gewohnheitsrecht absoluter oder dispositiver Natur? Der Verkehr, auch wo er in üblicher Verfahrensweise sich bewegt, zeigt weder einen so parademässigen Gleichtritt, noch pflegt er zu einem so hohen Grade von Einförmigkeit erstarrt zu sein, dass nicht das Vorhanden-

sein persönlicher Beziehungen irgend welcher Art zwischen den Kontrahenten, besonderer Charaktereigentümlichkeiten, von Laune, Zufall oder auch die Verkennung des wahren Interesses im Einzelfalle zu einer Abweichung von der allgemeinen Richtung führen könnte. Jede Abweichung muss besonders vereinbart sein und kennzeichnet sich schon hiedurch äusserlich als Ausnahme von der Regel. Diese Ausnahmen aber bestätigen nur die Regel. Der Gesammtwille ist nicht identisch mit der Summe der Einzelwillen, und die Stätigkeit der Rechtsgewohnheit wird durch vereinzeltes Zuwiderhandeln nicht berührt. Zudem liegt dem Staate innerhalb des Bereichs, in welchem er die Rechtsgewohnheit schützt, die Absicht ferne in den Gang der Verkehrsentwicklung hemmend einzugreifen. Der staatliche Schutz erstreckt sich daher gleichmässig auf die Rechtsgewohnheit und die Abweichungen von derselben. Das durch die staatliche Anerkennung der Rechtsgewohnheit entstandene Recht ist mithin dispositiver Natur.

Bis jetzt hat man unseres Wissens die Frage, ob man im Gewohnheitsrecht absolutes oder dispositives Recht vor sich hat, überhaupt nicht aufgeworfen. Das römische Recht bietet für ihre Lösung keine direkte Handhabe dar. Es bescheidet sich damit der consuetudo, welche auf die Bezeichnung einer diuturna, longaeva consuetudo, einer consuetudo tenaciter servata keinen Anspruch erheben kann sowie dem mos varius die rechtliche Geltung abzusprechen.[1]) Die Glosse erachtete die Feststellung für genügend, dass die rechtliche Wirkungskraft der consuetudo nicht erschüttert werde, wenn man post praescriptam consuetudinem ein- oder zweimal gegen dieselbe verstosse und der Postglossator Baldus macht den Eintritt der Rechtswirkung der consuetudo davon abhängig, dass kein actus contrarius die Vollendung ihrer Verjährung unterbreche.[2]) Auch die historische Schule glaubt auf eine ausdrückliche Erklärung bezüglich dieser

[1]) Die betreffenden Quellenstellen sind angeführt in Puchta Bd II S. 90.

[2]) Ebendaselbst.

Frage verzichten zu sollen. Von ihrem Standpunkt aus sind zwei Lösungen möglich. Die Vertreter der schärferen Tonart, welche das Wesen des Gewohnheitsrechts in innerer Notwendigkeit [1]) in dem Gefühl innerer Gebundenheit erblicken, die Uebung desselben auf sittliche Verpflichtung, Rechtsüberzeugung, auf das Bewusstsein zurückführen, so und nicht anders handeln zu dürfen, [2]) können zu keinem anderen Resultat kommen als dem, dass im Gewohnheitsrecht sich absolutes Recht verkörpert. Im Spiegel ihrer Auffassung erscheint das Zuwiderhandeln gegen die Rechtsgewohnheit als Unrecht, Unbilligkeit, Verstoss gegen die sittliche Verpflichtung und wird bald als Ausfluss irriger Meinung oder Unkenntnis, [3]) bald als ein nicht gerechtfertigtes subjektives Sichloslösen [4]) von der herrschenden Norm bezeichnet. Der dispositive Rechtssatz gestattet den Parteien die Wahl mehrerer Möglichkeiten ihres Verhaltens. Da nach der herrschenden Ansicht die Absicht der Parteien bei Rechtsgeschäften auf Rechtswirkungen, auf Anwendung von Rechtssätzen gerichtet ist, so handelt derjenige, welcher durch Abweichung von der Rechtsgewohnheit von der Wahl der mehreren Möglichkeiten Gebrauch macht, nicht gegen den dispositiven Rechtssatz, sondern innerhalb der durch denselben gewährleisteten Befugnis. Mit anderen Worten, er wendet den dispositiven Rechtssatz an. Hielte man das Gewohnheitsrecht für dispositives Recht, so könnte man bei Zuwiderhandeln gegen die Rechtsgewohnheit nicht von ungerechtfertigtem subjektivem Sichloslösen von der Norm sprechen.

Während die Ansicht von der dispositiven Natur des Gewohnheitsrechts der soeben wiedergegebenen Auffassung widerstreitet, lässt sich dieselbe mit jener freieren Spielart

---

[1]) August Sturm, der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit S. 13.

[2]) Thöl, Lehrbuch des Handelsrechts 6. Aufl. Bd. I S. 42.

[3]) Puchta, das Gewohnheitsrecht Bd. II S. 92.

[4]) Sturm in der erwähnten Abhandlung S. 20.

innerhalb der historischen Schule, welche die Rechtsüberzeugung als die Ueberzeugung von der Thatsache der Geltung eines bestimmten Rechtssatzes [1]) definirt, in Einklang bringen. Die Geltung kann recht wohl als dispositive, die Uebung der Rechtsgewohnheit als Anwendung dispositiver Rechtssätze gedacht werden. Da der dispositive Rechtssatz der Disposition der Parteien innerhalb der von ihm festgesetzten Schranken freien Spielraum verstattet, so kann die zweite Richtung der historischen Schule in dem durch den dispositiven Rechtssatz gestatteten Abweichen von der Rechtsgewohnheit in folgerichtiger Weise nichts anderes als ein Handeln im Rahmen der durch den dispositiven Rechtssatz gegebenen Berechtigung, als eine Anwendung desselben erblicken. Der hieraus sich ergebende Schluss würde lauten: Je grösser die Zahl der Abweichungen von der Rechtsgewohnheit, desto grösser die Zahl der Anwendungsfälle des dispositiven Rechtssatzes. In demselben Verhältnis, in welchem die Abweichungen von der Rechtsgewohnheit sich mehren, müsste durch die in der Abweichung liegende Anwendung des dispositiven Rechtssatzes die Ueberzeugung von der Geltung desselben sich befestigen. Da man aber unmöglich verkennen kann, dass die Abweichung von der Rechtsgewohnheit das Gegenteil einer Befestigung der Geltungsüberzeugung herbeiführt, so zieht man dem obigen Schluss den womöglich noch unrichtigeren vor: Je mehr Abweichungen von der Rechtsgewohnheit, also Anwendungsfälle des dispositiven Rechtssatzes, desto weniger ist die Ueberzeugung von seiner Geltung vorhanden. Aus dieser Sackgasse lässt sich nur herauskommen, wenn man sich auf unseren Standpunkt stellt und mit der herrschenden Ansicht völlig bricht.

Fassen wir zum Schlusse unsere Bedenken gegen den Standpunkt der historischen Schule nach Massgabe der Ergebnisse vorstehender Erörterungen kurz zusammen. Die

[1]) Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts 2. Aufl. Bd. I S. 328 Anm. 21.

historische Schule glaubt in der Rechtsüberzeugung den festen Punkt gewonnen zu haben, von dem aus sich ihr das innere Leben des im Verkehr gewohnheitsmässig Geschehenden erschliesst. Alle Theorieen, die sich auf ihrem Boden bewegen, stimmen darin überein, dass das Gefühl der inneren Gebundenheit, einer opinio necessitatis seitens der Uebenden die Voraussetzung der Existenz eines Gewohnheitsrechtssatzes bilde. Der Gemeinsamkeit der Grundauffassung gegenüber erscheinen für uns die Momente, welche die einzelnen Theorieen trennen von verhältnismässig untergeordneter Bedeutung. Es verschlägt wenig, wie man sich im besonderen die Entstehung der Rechtsüberzeugung denkt, ob die Uebung der Rechtsgewohnheit als Erkenntnismittel, Entstehungsgrund oder Entstehungsform des Gewohnheitsrechts aufgefasst wird, ob man in der Uebung die Angel erblickt, welche die opinio necessitatis aus der Tiefe zieht oder die Rechtsüberzeugung fertig und gerüstet aus dem Haupte der Nation entspringen lässt, oder endlich in welcher verschiedenen Weise die Formulirung der opinio necessitatis vor sich geht. Es besteht kein wesentlicher Unterschied darin, ob Sturm dieselbe als innere Notwendigkeit, Rümelin als Bewusstsein sittlicher Verpflichtung [1]) oder Zitelman als die Vorstellung der Geltung [2]) definirt. Das Wesentliche all dieser Auffassungen liegt in der Annahme der „psychischen Zuthat" einer inneren Gebundenheit auf Seite der Handelnden und in der Zurückführung der Geltung der Rechtsgewohnheit auf diese innere Gebundenheit. Insofern sind namentlich die Theorieen Rümelins und Zitelmanns echte Kinder der historischen Schule trotz ihrer feindseligen Haltung gegen dieselbe und obwohl man zugeben muss, dass sie mit einem Fusse ausserhalb des Lagers derselben stehen, da der Staatsgedanke

[1]) G. Rümelin, das Gewohnheitsrecht in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik Bd. 27 S. 150 ff, 166–167 786 ff.

[2]) Zitelmann im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 66 S. 323 ff. s. bes. S. 448 ff.

schon sehr merklich in ihre Erörterungen hereinragt. Macht man die Existenz des Gewohnheitsrechts von dem Vorhandensein der opinio necessitatis abhängig, so stellt man den Richter vor die nicht selten unlösbare Aufgabe, festzustellen, ob im einzelnen Fall die Handelnden von diesem Motiv sich leiten liessen. In dieser Richtung ist wiederholt daran erinnert worden, dass der Rechtsüberzeugung die für den praktischen Gebrauch unentbehrliche Augenscheinlichkeit fehlt, dass sie immer Centrum, niemals Peripherie ist, dass es für den Richter schwer, oft unmöglich erscheint, den inneren Pragmatismus der Handlungsweise zu erkennen und über die Erscheinung hinaus am Leitfaden des Satzes vom Grunde die Ursache klarzulegen. Die Menschen, um ein Goethe'sches Bild zu gebrauchen, gleichen nicht Uhren, deren Zifferblatt und Gehäuse aus Kristall besteht, so dass man mühelos das Räder- und Federwerk erkennen kann, das sie treibt. Während das Recht sonst im schlimmsten Fall darauf angewiesen ist, Thatsachenvermutungen zu Rechtsgewissheiten zu erheben, wird hier der Richter auf Grund einer Thatsachengewissheit zuweilen nicht weiter als zu der Vermutung von dem Vorhandensein einer Rechtsüberzeugung, zu einer Rechtsvermutung kommen. Auf eine Rechtsvermutung aber lässt sich ein Urteil nicht gründen. Ferner hat die historische Schule nicht vermocht, die Existenz eines von dem Billigkeitsgefühl verschiedenen spezifischen Rechtsgefühls nachzuweisen. Dem Begriff der Billigkeit wohnt die Wandelbarkeit unmittelbar inne. Es erscheint verfehlt, das Gewohnheitsrecht, den stabilsten Teil des Rechts an die der Schiebung und dem Wechsel fortwährend ausgesetzten Anschauungen der Billigkeit zu knüpfen, ganz abgesehen davon, dass eine ganze Reihe von mehr willkürlichen im Interesse der äusseren Ordnung entstandenen Gewohnheitsrechtsätzen sich auf den Billigkeitsgedanken gar nicht zurückführen lassen. Das Vorhandensein einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung wird von Puchta-Savigny auf die physiologische Ursache der nationalen Zusammengehörigkeit gestützt. Damit macht man die

Rechtsüberzeugung zu einer Art juristischer μοῖρα, zu einem fatum, welches die menschlichen Angelegenheiten ohne Rücksicht auf den menschlichen Willen leitet. Dass eine Rechtsüberzeugung sich bildet, kann weder als Schuld noch als Verdienst angerechnet werden, die Verschiedenheit der Bedingungen der Existenz, der wirthschaftlichen Lage, der geistigen und körperlichen Fähigkeiten kommt nicht in Betracht. Der Umfang des Wirkungskreises allein bestimmt das Geschick vom Rad eines bestimmten Gewohnheitsrechtsatzes erfasst zu werden, ein Geschick, welches weder der einzelne noch der Staat dauernd abwenden können. Die Behauptung der historischen Schule, dass das Gewohnheitsrecht stets national sei, wurde bereits kurze Zeit nach dem Auftauchen der Puchta-Savigny'schen Theorie an der Hand der internationalen Rechtsgewohnheit im Bereiche des Handels- und Kirchenrechts widerlegt. Die Entstehung partikulärer Gewohnheitsrechtsätze konnte man ohnehin nur künstlich erklären. Geradezu ein Ding der Unmöglichkeit aber dürfte es für die herrschende Lehre sein, sich mit der in deutschen Landen gelegentlich beobachteten Erscheinung des Bestandes mannigfaltiger auf denselben wirthschaftlichen Thatbestand bezüglicher Gewohnheitsrechte innerhalb des Weichbilds einer und derselben Stadt, ja einer und derselben Dorfgemeinde auf Grund der Annahme einer nationalen Rechtsüberzeugung sich abzufinden. [1]) Dass die Theorie, welche die menschliche Willensfreiheit unter die Macht einer naturnotwendigen Kausalität zu bannen versucht, dem dispositiven Charakter des Gewohnheitsrechts nicht gerecht zu werden vermag und dass es vom Standpunkt der fatalistischen Anschauung aus willkürlich ist, die Forderung der Rationabilität zu stellen, wie dies seitens der historischen Schule geschah, versteht sich von selbst. Endlich — und darin besteht unseres Erachtens ihre hauptsächlichste Schwäche — unterschätzt die historische Schule

---

[1]) A. Meitzen, der Boden und die landwirthschaftlichen Verhältnisse des preussischen Staats Bd. I S. 371.

die Machtseite des Rechts und weiss, indem sie die Privattätigkeit ihrer egoistischen Triebfedern entkleidet, die Verschiedenheit des Wertgehalts der Rechtsgewohnheit und des staatlichen Rechts und die aus der Verschiedenheit des Wertgehalts entspringende Notwendigkeit staatlichen Eingreifens nicht zu würdigen.

Es erübrigt uns in einem dritten Kapitel die Frage der Zweiteilung der Rechtsgewohnheiten in Gewohnheitsrecht und faktische Gebräuche zu behandeln. Wir gedenken der Erörterung hierüber an der Hand des deutschen Handelsgesetzbuchs näher zu treten, weil die Theorie der Zweiteilung auf dem Gebiete des Handelsrechts ihre eingehende Begründung und Ausprägung erfahren hat und wir uns der Hoffnung hingeben, durch unsere Erörterungen mit zur Lösung der Streitfragen beizutragen, zu denen die Fassung des Handelsgesetzbuchs betreffs der Handelsgebräuche Veranlassung gegeben hat.

## III.

Durch Artikel 1 des Handelsgesetzbuchs

„In Handelssachen kommen, insoweit dieses Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräuche und in deren Ermangelung das allgemeine bürgerliche Recht in Anwendung“ wird Geltungskraft und Wirkungskreis der Handelsgebräuche geregelt, während eine ausdrückliche Anordnung hinsichtlich ihrer Voraussetzungen und Beschaffenheit mangelt. Gerber und Thöl folgerten aus dem Schweigen des Artikels 1 das Vorhandensein einer Lücke, welche nach Massgabe dieses Artikels durch die Satzungen der Partikularrechte zu ergänzen sei. [1]) Die Gerber-Thöl'sche Ansicht begegnete dem überwiegenden Widerspruch von Theorie und Praxis. Nicht mit Unrecht. Bei Bestimmung des Rangverhältnisses unter den in Betracht kommenden Normenkomplexen wird im Artikel 1 nach dem Vorgange anderer Kodifikationen zunächst den Handelsgebräuchen derogatorische Kraft abgesprochen. Aber innerhalb der Schranken einer bloss ergänzenden Wirksamkeit sollte denselben möglichst freier Spielraum, insbesondere ein Vorrang vor den Partikularrechten eingeräumt werden. Es erscheint dieser Stufenfolge wenig angemessen, die Handelsgebräuche in Bezug auf wichtige Erfordernisse dem wechselnden Belieben der Partikularrechte zu überantworten. Einzelnen partikulären Civilgesetzen benimmt zudem der

[1]) v. Gerber, gesammelte juristische Abhandlungen XI S. 430 ff. Thöl, Lehrbuch des Handelsrechts noch in der 4. Auflage S. 67.

ablehnende Standpunkt, welchen sie der Geltung der Rechtsgewohnheit gegenüber einnehmen, die Möglichkeit, im Bereich der Handelsgebräuche subsidiär zu wirken. Andere weisen hinsichtlich der Wirksamkeit der Rechtsgewohnheit Beschränkungen auf, deren Beseitigung innerhalb des Geltungsgebiets des Handelsgesetzbuchs die Nürnberger Kommission bei Berathung des Artikels 1 ausgesprochenermassen erstrebte. [1]) Endlich ist die bunte Vielgestaltigkeit der Partikularrechte bezüglich der gewohnheitsrechtlichen Erfordernisse mit dem nationalen Ziele der Rechtseinheit und Rechtspflegeeinheit, welches den Schöpfern des Handelsgesetzbuchs vorschwebte, nicht in Einklang zu bringen. Die herrschende Lehre zieht die von Gerber-Thöl behauptete Lücke in Abrede. Von der Annahme ausgehend, dass sich der rechtliche Willensinhalt des Artikels 1 nur teilweise aus dem Wortlaute dieses Artikels allein, teilweise aus dem Zusammenhange des Gesetzes, seiner Vorgeschichte sowie aus der Natur der Sache ergebe, gelangen die Vertreter dieser Anschauung zu dem Schlusse

1) dass die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs die Materie der Handelsgebräuche abschliessend und damit ausschliesslich regeln,

2) dass die Puchta-Savigny'sche Theorie im Handelsgesetzbuche anerkannt sei.

Wir vermögen nur dem ersten Teile dieser Schlussfolgerung beizupflichten. Die Stellungnahme der zweiten Schlussfolgerung gegenüber fällt zusammen mit der Beantwortung der Frage: Welche Bedeutung kommt dem Worte Handelsgebräuche im Handelsgesetzbuche zu?

Für Lösung dieser Frage bieten zunächst die Protokolle der Nürnberger Kommission wertvolle Anhaltspunkte dar. [2]) Bei der Beratung des Artikels 1 seitens der Kommission bildete der das Gewohnheitsrecht betreffende Teil des Paragraphen den Mittelpunkt der Erörterungen. Der Gegen-

[1]) Lutz, Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs, Bd. I S. 11 ff.

[2]) Lutz, Protokolle S. 11 ff.

satz der Meinungen spiegelte sich hauptsächlich in den beiden Anträgen wieder, von denen der eine dahin ging, den Ausdruck Handelsgewohnheitsrecht in das Gesetz aufzunehmen, während der Gegenantrag die jetzige Fassung Handelsgebräuche befürwortete. Der letztere Antrag drang mit 9 gegen 5 Stimmen durch. Die wesentlichsten Gründe, welche gegen denselben in's Feld geführt wurden, bestanden in dem Hinweis, der Ausdruck Handelsgebräuche sei zu allgemein, unbestimmt und zu weit, indem er nicht bloss Gewohnheitsrechtsätze umfasse, sondern auch die „bloss faktischen, durch Sitte oder durch stillschweigende Uebereinkunft entstehenden Beliebungen, welche . . . . . nicht als Rechtsquellen in diesem Paragraphen angeführt werden könnten."

Die Mehrheit fand diese Einwände nicht stichhaltig und beharrte auf der Ansicht, dass Art. 1 „nicht etwa bloss dem Handelsgewohnheitsrechte, dessen Voraussetzungen nach dem jedes Orts über die Entstehung des Gewohnheitsrechts geltenden Civilrechte zu beurteilen wären, sondern auch denjenigen gleichmässigen Uebungen eine entscheidende Kraft beilegen wolle, welche, wenn sie auch eines solchen spezifisch juristischen Charakters entbehrten, doch eine entsprechende Zeit lang immer in gleicher Weise vom Handelsstande beobachtet und mit einer faktischen Geltung versehen worden seien."

Der Kommissionsbeschluss beugte zunächst der Gefahr vor, welche durch Annahme des Ausdrucks Handelsgewohnheitsrecht der nationalen Rechtseinheit seitens der Partikulargesetze drohte. Aber mit den Partikulargesetzen wollte er zugleich die mannigfaltigen und willkürlichen Schranken treffen, welche man der Anwendung der Handelsgebräuche bisher entgegenstellte. Eine entscheidende Kraft sollte jeder wie immer gearteten Handelsgewohnheit rechtlichen Inhalts zu Teil werden, ohne Rücksichtnahme auf die inneren Momente, nach denen ihre Bildung vor sich ging, unter der einzigen Voraussetzung, dass sie „eine entsprechende Zeit lang immer in gleicher Weise vom Handels-

stande faktisch beobachtet" wurde und den Handelsgesetzen nicht zuwiderlaufe. Man stellte weder opinio necessitatis der Uebenden noch Rationabilität der Handelsgebräuche als Vorbedingung der Geltung auf.

Einen ganz anderen Sinn legt Goldschmidt [1]) dem Kommissionsbeschluss unter. Nach seiner Auffassung richtet die angeführte Stelle der Beratungsprotokolle ihre Spitze ausschliesslich gegen die Partikulargesetze und deren spezifisch juristischen Charakter. Dieser spezifisch juristische Charakter äussere sich in den „beengenden Voraussetzungen", von denen die verschiedenen deutschen Civilrechte die Anerkennung der Handelsgebräuche abhängig machten. Die Kommission habe mit dem Worte Handelsgebräuche etwas Weiteres bezeichnen wollen als das Gewohnheitsrecht der Partikularrechte und dieses Weitere sei eben der Inhalt der herrschenden Lehre. Es verdient zunächst hervorgehoben zu werden, dass eine auf Annahme der gemeinrechtlichen Theorie bezügliche Absicht der Kommission nirgends angedeutet, geschweige denn geoffenbart wurde. Aber einer ausdrücklichen Anerkennung bedarf es für die Vertreter der herrschenden Lehre nicht. Für sie bedeutet die Theorie des gemeinen Rechts eine ratio scripta, ein Idealrecept für die Praxis, „eine durch Erfahrung bewährte Anleitung des richterlichen Ermessens", welche im Zweifel auch ohne ausdrückliche Anordnung Platz greift. Unseres Erachtens fehlt es an einer ausdrücklichen Stellungnahme seitens der Kommission nicht und zwar ist dieselbe gegen die herrschende Meinung ausgefallen. In dieser Richtung ist schon von Gerber auf die Ablehnung des Lieblingsworts der historischen Schule, des Ausdrucks Gewohnheitsrecht, Gewicht gelegt worden. Man kann Goldschmidt zugeben, dass die Ungebräuchlichkeit des Wortes Handelsgewohnheitsrecht zur Ablehnung beitrug. Immerhin spricht ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit dafür, dass man in der fremdartigen Schale einen der Anschauung des Verkehrs

[1]) Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts 2. Aufl. Bd. I S. 355 ff.

fremden Kern vermutete. Auch konnte die herrschende Theorie in Folge der zahlreichen Kontroversen, die sie in ihrem Schosse birgt, keine genügende Gewähr für die von der Kommission bezweckte Einheit der Handelsrechtspflege bieten. Als ausschlaggebend erscheint uns vor allem der Umstand, dass die Kommissionsmehrheit durch Bestimmung einer bloss ergänzenden Wirksamkeit der Handelsgebräuche im Gegensatze zu der Grundauffassung der historischen Schule die Unterordnung der Rechtsgewohnheit unter das Gesetz verfügte. Endlich hat man sich noch besonders gegen die Puchta-Savigny'sche Meinung erklärt. Nachdem der Ausdruck Handelsgebräuche bereits angenommen war, versuchten einige Mitglieder der Kommission abermals einen Vorstoss im Sinne der herrschenden Lehre. Sie wollten von dem Erfordernis der Vernunftgemässheit und Nachweisbarkeit nicht Abstand nehmen [1]) und beantragten den Ausdruck Handelsgebräuche durch zu Recht beständige oder rechtliche Gewohnheiten zu ersetzen. Es leuchtet ein, dass unter der Nachweisbarkeit hier nicht die selbstverständliche Nachweisbarkeit der thatsächlichen gewohnheitsmässigen Verfahrensweise, sondern die Nachweisbarkeit der opinio juris zu verstehen ist. Dieser Antrag, welcher die Geltungskraft der Rechtsgewohnheiten an die Vorbedingung der Rationabilität und opinio juris knüpfen wollte, wurde jedoch mit 11 gegen 3 Stimmen abgelehnt.

Die Auffassung Goldschmidts bezüglich des Kommissionsbeschlusses ist selbst im eigenen Lager nicht ohne Widerspruch geblieben. In der Abhandlung „Die Handelsusancen" [2]), welche sich mit formaler Meisterschaft die Fortbildung und Vertiefung der herrschenden Lehre zum Ziele setzte, bestreitet Laband die Möglichkeit aus den Protokollen über den Begriffsinhalt des Ausdrucks Handelsgebräuche genügenden Aufschluss zu gewinnen. Meinungsverschiedenheiten und Unklarheit über die in Betracht kom-

[1]) Lutz, Protokolle Bd. I S. 12.

[2]) Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 17 S. 467 ff.

menden Rechtsbegriffe haben es der Kommission nahe gelegt einer Entscheidung aus dem Wege zu gehen. Die Unschlüssigkeit habe zur Wahl des farblosen und vieldeutigen Wortes Handelsgebräuche geführt, unter dem jeder verstehen konnte, was er wollte.

Hinsichtlich der Grundauffassung bewegt sich Laband durchaus auf dem Boden der historischen Schule. Danach besteht auf dem Gebiete der Rechtsquellen des Handelsrechts eine Art Dreifelderwirthschaft. Neben Gesetz und Gewohnheitsrecht findet sich ein juristisches Brachfeld — die faktischen Gebräuche, die Handels- oder Geschäftsgebräuche. Die Handelsgewohnheiten zeigen ein Doppelantlitz wie der altitalische Gott Janus. Ihr Aussehen ist wesentlich verschieden, je nachdem die Merkmale der opinio juris und der Rationabilität vorhanden sind oder nicht. Im ersteren Falle gelten sie als objektive Rechtsnormen, welche bestimmte wirthschaftliche Vorgänge selbständig ergreifen, auch ohne dass die Parteien ihren Inhalt positiv wollen. Eine bescheidenere Rolle wird den faktischen Handelsgebräuchen zugeteilt. Man kann zwar nicht umhin, einzuräumen, dass sie bisweilen die Keime zu Handelsgewohnheitsrecht in sich tragen. Aber selbst in ihrer fortgeschrittensten Gestalt sind die faktischen Handelsgebräuche nur werdendes Gewohnheitsrecht, ein rechtlicher Embryo. Das Schicksal dieses Embryo erschöpft sich in drei Möglichkeiten. Im günstigsten Falle erlangt er die Erfordernisse der opinio juris und Rationabilität, wächst sich zur Vollkommenheit aus und tritt als Gewohnheitsrechtssatz in die Welt der juristischen Lebewesen ein. Im schlimmsten Falle stirbt der Embryo ab, ohne es zum Rechtssatz gebracht zu haben. Die Theorie kennt noch den dritten Fall, dass der Embryo weder Gewohnheitsrechtssatz wird noch abstirbt, sondern als Embryo in Permanenz, als ein Geschöpf, das seinen höheren Beruf verfehlt hat, sein Dasein weiter fristet. Die faktischen Gebräuche sollen nur als Interpretations- und Ergänzungsmittel für den Parteiwillen im einzelnen Falle in Betracht kommen. Es bestehe die

praesumtio juris, dass bezüglich der Punkte, über welche die Parteien äusserlich Stillschweigen beobachten, das im Verkehr Uebliche gewollt sei. Das Handelsgewohnheitsrecht sei Dispositiv-Normativbestimmung und Quelle von Rechtssätzen; die faktischen Handelsgebräuche Normativbedingung, Interpretationsregel, Quelle und Bestandteil von Rechtsverhältnissen.

Laband hat es in der angeführten Abhandlung unternommen, die begriffliche Zweiteilung der Handelsrechtsgewohnheiten aus der Natur der Sache zu erklären. Er betrachtet als Urbild der faktischen Gebräuche den Geschäftsgebrauch zwischen Einzelkaufmann und Einzelkaufmann. Finde im Bereich einer Geschäftsverbindung zweier Kaufleute eine regelmässige oder oftmalige Wiederholung gleichartiger Geschäfte auf Grundlage derselben Bedingungen statt, so bringe es der rasche Fluss des kaufmännischen Verkehrs mit sich, dass von einer ausdrücklichen Festsetzung der Bedingungen in späteren Fällen Abstand genommen werde. Fehle eine ausdrückliche Vertragsabrede, so erfordere es Treu und Glauben, dass die früheren Vereinbarungen in späteren Fällen als stillschweigend vereinbart anzusehen seien. Gehe man in der Richtung auf den allgemeinen Verkehr weiter, so stosse man auf das Dauerverhältnis des einzelnen Kaufmann's zu einer unbestimmten Vielzahl, zu seiner Kundschaft. Auch hier greifen für und wider jeden frisch hinzutretenden Kunden mangels einer besonderen Abrede die üblichen Kundschaftsbedingungen als stillschweigend vereinbart Platz. Zu dem Begriff der Usance, der höheren Potenz des Geschäftsgebrauchs, gelange man, wenn man auf beiden Seiten eine unbestimmte Mehrheit von Kontrahenten, das Publikum sich denke. Der faktische Geschäftsgebrauch sei nichts anderes als „der gleichmässige Inhalt der vertragsmässigen Festsetzungen, welche in den Handelsgeschäften eines bestimmten Kreises handelnden Personen immer wiederkehren."

Das Stillschweigen vermag unseres Dafürhaltens nur auf den beiden untersten Stufen, bei dem Verkehr des

Einzelkaufmanns mit dem Einzelkaufmann oder mit dem einzelnen Kunden als genügender Ausdruck einer vorhandenen Willensübereinstimmung der Parteien betrachtet zu werden. Was dagegen die Annahme der praesumtio juris betrifft, dass der allgemeine faktische Geschäftsgebrauch im Einzelfalle gewollt sei, so scheint uns dieselbe mit einer Verwechslung der Begriffe Gesamtwille und Summe der Einzelwillen zusammen zu hängen. Hat sich im Verkehr aus den Einzelwillen heraus eine übliche Verfahrensweise, eine consuetudo mercatoria entwickelt, so liegt ein Gesamtwille des Verkehrs vor, der mit der Summe sämtlicher Einzelwillen nicht zusammenfällt. Es kann im Falle des Schweigens trotz Bestehens eines Gesamtwillens nicht ohne weiteres auf das Vorhandensein eines mit dem Gesamtwillen sich deckenden Einzelwillens geschlossen werden. An die Region, welche das Herrschaftsgebiet des Gesamtwillens ausmacht, reicht die Vertragssatzung und der Vertragswille überhaupt nicht heran. Der Vertragswille geht von einer bestimmten Persönlichkeit aus an eine bestimmte Persönlichkeit, und lässt eine unbestimmte Vielzahl von Kontrahenten auf beiden Seiten nicht zu. Die Geltung der Handelsgebräuche im Einzelfalle unterliegt nicht der Abhängigkeit von einem auf ihre specielle Anwendung gerichteten positiven Wollen der Parteien. Das rein passive Verhalten, das non nolle, das nicht anders Wollen, der Mangel eines Widerspruchs genügt, um die Wirksamkeit der factischen Gebräuche zu begründen. Das Gesetz legt den Handelsgebräuchen innerhalb der gestekten Grenzen schlechthin entscheidende Kraft bei, und knüpft die Ermächtigung abseits des Heeresschritts des allgemeinen Verkehrswillens zu marschiren in richtiger Würdigung der dispositiven Natur der Rechtsgewohnheit an eine ausdrücklich hierauf zielende Willenskundgabe. Die Sache liegt ähnlich wie im Falle der prorogatio fori, von welchem § 39 der CPO. handelt. Während in Wirklichkeit die Zuständigkeit eines an sich unzuständigen Gerichts durch die Unterlassung der Rüge der Inkompetenz seitens des Beklagten herbeigeführt wird, stellt das Gesetz

in nicht zutreffender Weise die Zuständigkeit auf stillschweigende Vereinbarung ab, welche anzunehmen sei, „wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt hat.“ [1]) In Wahrheit handelt es sich hier wie dort um dispositives Recht. Eine Ahnung der wahren Sachlage bricht sich zuweilen auch in den Darstellungen der herrschenden Lehre Bahn. So wenn Makower[2]) die Usance als eine Vertragsbedingung bezeichnet, welche so üblich ist, dass wer nicht widerspricht, als nach dieser kontrahirend angesehen wird. Wenn Thöl[3]) schreibt: „Um den Willen im einzelnen Falle zu bestimmen, ist der allgemeine Wille im Verkehr nicht ausser Acht zu lassen“. Wenn Gerber[4]) eine Massenwirkung der faktischen Handelsgebräuche konstatirt. Oder wenn Anschütz und von Völderndorff[5]) dieselben als eine „bis zum Widerruf wirksame Willenserklärung der grösseren Mehrzahl des Handelstands oder eines bestimmten Zweigs desselben erklären“.

Auch die Art und Weise, wie sich die herrschende Lehre die Entstehung der faktischen Gebräuche und ihres angeblichen begrifflichen Gegensatzes, des Gewohnheitsrechts denkt, trägt nicht dazu bei, die Zweiteilung der Rechtsgewohnheit glaubhafter zu machen. Laband schildert den Werdegang der faktischen Gebräuche folgendermassen[6]): „Diejenigen Verabredungen, welche einmal von den Kontrahenten als ihrem Interesse und wahrem Willen entsprechend ermittelt und festgestellt sind“, werden immer wieder in derselben Weise in Anwendung gebracht. Und an anderer Stelle: „Dieselben thatsächlichen Gründe, welche dahin führen, dass ein Kaufmann oder Fabrikant seinen

[1]) Bülow, Archiv für civilistische Praxis Bd. 62 S. 41 ff.

[2]) Makower, das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 10. Aufl. S. 7.

[3]) Thöl, Lehrbuch des Handelsrechts, 6. Aufl. S. 788.

[4]) Gerber, in der angeführten Abhandlung, S. 436.

[5]) Anschütz und von Völderndorf, Kommentar zum deutschen Handelsgesetzbuch, Band 1 S. 18.

[6]) Laband in der angeführten Abhandlung, S. 468 u. 482.

Kunden gewisse Bedingungen gewährt, bilden die Veranlassung auch für alle übrigen Kaufleute oder Fabrikanten desselben Orts oder Geschäftszweigs, dieselben Bedingungen in ihrem Gewerbebetrieb zuzugestehen". Was dem beiderseitigen Interesse entspricht, ist billig. Derselben Quelle der Billigkeit aber lässt die historische Schule auch ihr Gewohnheitsrecht entspringen. Man denke an Auslassungen wie die von Thöl[1]), den Uebungsakten liege, „von vornherein . . . . die Ueberzeugung zu Grunde, dass es so und nicht anders billig oder was gleich ist recht, dass es so allein recht und billig ist"; oder von Brinz[2]): „Nur dass Rechtens sein solle, was man thut, und dass man wohl daran thue, so zu handeln, ist der Gedanke von dem die zur Gewohnheit führende That begleitet sein muss."

Wie der beiderseitige Entstehungsgrund ein gemeinsamer ist, so erscheint nach der herrschenden Lehre, der begriffliche Gegensatz überhaupt nur als ein relativer. Die Parteien können das Handelsgewohnheitsrecht im einzelnen Fall ausdrücklich in ihren Willen aufnehmen[3]) und damit wie die faktischen Geschäftsgebräuche zum Bestandteil von Rechtsverhältnissen machen und dasselbe jederzeit dispositiven Gesetzen gegenüber zur Geltung bringen. Dem gemeinsamen Anfang und der gemeinsamen Mitte schliesst sich in vielen Fällen das gemeinsame Ende an. Dem faktischen Gebrauche soll ja die Fähigkeit inne wohnen, sich zum Handelsgewohnheitsrecht auszuwachsen.

In den Quellen und Rechtsurkunden früherer Zeiten findet sich keine Spur von der Zweiteilung der Rechtsgewohnheit. Siehe die reichhaltige Sammlung von Quellenstellen, welche Goldschmidt in seinem Handbuche veröffentlicht hat[4]). Der Richter konnte zumeist gar nicht in die Lage kommen, den Massstab der Rationabilität an die

---

[1]) Thöl in dem angeführten Werke S. 47.

[2]) Brinz, Pandekten 2. Aufl. S. 114.

[3]) Zoll, über die verbindliche Kraft des Gewohnheitsrechts in Herings Jahrbüchern für die Dogmatik, Bd. 13 S. 456—457.

[4]) Goldschmidt in dem angeführten Werke Bd. I S. 318 ff.

Handelsgebräuche anzulegen. Das Handelsrecht als jus singulare mercatorum, als Sonderrecht des Kaufmannsstandes, bildete ein selbständiges Ganze, welches nicht nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts zu beurteilen war. Dieses Sonderrecht selbst aber setzte sich vielfach beinahe ausschliesslich aus Handelsgewohnheiten zusammen, so dass einer Oberherrlichkeit des Gesetzes der Boden entzogen war. Ganz im Sinne unserer Ansicht, wenn auch in wenig scharfer Fassung spricht sich in neuester Zeit August Schürmann[1] in seinem Buche „Die Usancen des deutschen Buchhandels“ dahin aus: „Soweit nicht allgemeine Handelsgrundsätze oder besondere Vereinbarungen massgebend sind, regelt sich der Verkehr zwischen dem deutschen Verlags-Sortiments- und Kommissionsbuchhandel nach den von der Gemeinschaft beobachteten Geschäftsgebräuchen: und „ein Usancen-Kodex spiegelt nur die von allen ordnungsliebenden Handlungen beobachteten Bräuche ab, die Giltigkeit für jeden haben, der sich an den darauf beruhenden Vorteilen des Verkehrs beteiligt und nur dann ausser Kraft treten, wenn ein besonderes Abkommen vorliegt.“

Wird die Geltung der Handelsgebräuche auf die praesumtio juris gestützt, dass dieselben im einzelnen Falle gewollt seien, also Gegenbeweis gegen diese Präsumtion zugelassen, so wird, wie von Zoll bereits bemerkt wurde[2], auf Unwissenheit und Chikane geradezu ein Preis gesetzt. Man ermöglicht es der Unredlichkeit durch Vorschützen mangelnder Kenntnis der Usance Handelsgebräuche lästige Verpflichtungen aus denselben abzuschütteln.

Gegen die Zweiteilung spricht ferner die allerseits zugestandene praktische Schwierigkeit, faktische Handelsgebräuche und Handelsgewohnheitsrecht äusserlich zu unterscheiden, und entscheidende Tragweite messen wir dem Umstande bei, dass der Verkehr für die angeblich gesonderten Begriffe keine Sonderbezeichnung eingeführt hat. Die Getät und der Nom sollen nach einem alten Ausspruch

[1] Schürmann, die Usancen 2. Aufl. S. 232—233.

[2] Zoll in der angeführten Abhandlung S. 459.

einander entsprechen. Fehlt ein eigener Name, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Sache oder doch das Bewusstsein derselben mangelt.

Für die Vertreter der künstlichen Zweiteilung der Rechtsgewohnheit fragt es sich nun: In welchen Artikeln des Handelsgesetzbuchs ist von Handelsgewohnheitsrecht, in welchen von faktischen Gebräuchen die Rede? Die Lösung dieser Frage bietet der herrschenden Lehre erhebliche Schwierigkeiten, da sich das Handelsgesetzbuch für beide Arten von Rechtsgewohnheit unterschiedslos des Ausdrucks Handelsgebräuche bedient und es auch der Kommission trotz eingehender Beratung der bezüglichen Artikel völlig entging, dass die gemeinsame Flagge Handelsgebräuche begrifflich verschiedene Ware berge.[1] Die Artikel 1 und 279 werden als diejenigen bezeichnet, in denen der begriffliche Gegensatz programmatisch in die Erscheinung trete. In Artikel 1 sollen die Handelsgebräuche Handelsgewohnheitsrecht bedeuten und denselben dem absoluten und dispositiven Gesetze gegenüber nur subsidiäre Geltung zukommen. Durch Artikel 279

„In Beziehung auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen ist auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen", sei der Wirkungskreis der faktischen Handelsgebräuche geregelt und das Rangverhältnis zwischen dispositivem Gesetz und den faktischen Gebräuchen dahin bestimmt, dass letztere, da sie bei Stillschweigen der Parteien als im Einzelfalle gewollt anzunehmen seien, dem Dispositivgesetz vorangehen. Dementsprechend würde sich die Rangliste der Entscheidungsnormen im Artikel 1 folgendermassen zusammensetzen:

1) absolutes Handelsgesetz,
2) faktische Handelsgebräuche,
3) dispositives Handelsgesetz,

[1] Lutz, Protokolle Bd. I S. 11 ff. vgl. mit Lutz, Protokolle Bd. III S. 1306 1307. Von ganz besonderer Beweiskraft auch die auf § 324 Abs. 1 und 342 Abs. 3 des H.-G.-B. bezüglichen Beratungen der Nürnberger Kommission.

4) Handelsgewohnheitsrecht,
5) bürgerliches Recht.

Schon Gerber, obwohl er grundsätzlich an der Zweiteilung der Rechtsgewohnheiten festhielt, nahm an der praktischen Bevorzugung der faktischen Handelsgebräuche dem Dispositivgesetz gegenüber im Hinblick auf ihre Massenwirkung Anstoss [1]). Die von ihm versuchte Auslegung, wonach der auf die Handelsgebräuche bezügliche Teil des Artikels 1 zwei Rechtssätze enthalte, 1) die Anordnung einer ergänzenden Wirksamkeit des Handelsgewohnheitsrechts, 2) ein Verbot an den Richter, faktische Handelsgebräuche, welche den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs zuwiderlaufen, als massgebende Interpretationsquelle zu benützen, ist von Goldschmidt in seinem Handbuch mit Recht bemängelt worden. Bilden die faktischen Gebräuche im Zweifel einen Bestandteil des Willensinhalts der Verträge, so müssen sie folgerichtig dem Dispositivgesetz vorangehen. Hätte man die bei den faktischen Handelsgebräuchen beliebte Präsumtion auf das Handelsgewohnheitsrecht übertragen, so hätte sich anstatt der Gerber'schen Abschwächung der praktischen Bedeutung der faktischen Gebräuche folgendes Resultat ergeben müssen: Das Handelsgewohnheitsrecht gelangt nach der herrschenden Ansicht ohne subjektive Beziehung der Parteien zu demselben, ohne dass die Parteien dasselbe gekannt oder positiv gewollt haben, zur Anwendung. Das heisst in die Präsumtionensprache übersetzt: Es besteht hinsichtlich des Handelsgewohnheitsrechts bei Stillschweigen der Parteien die praesumtio juris et de jure, dass dasselbe im Einzelfalle gewollt ist. Wenn schon der bloss faktische Handelsgebrauch im Zweifel als gewollt zu präsumiren ist, so muss bei dem von der Rechtsüberzeugung des Volks getragenen, innerlich bindenden Handelsgewohnheitsrecht eine noch stärkere Präsumtion für ein auf Anwendung des Handelsgewohnheitsrechts gerichtetes positives Wollen der Parteien im

[1]) Gerber in der angeführten Abhandlung S. 436 ff.

Einzelfalle sprechen. Man trägt kein Bedenken, den Präsumtionsgedanken in Bezug auf den juristischen Doppelgänger des Handelsgewohnheitsrechts das Dispositivgesetz kundzuthun [1]). Nur hinsichtlich des Handelsgewohnheitsrechts geht man der Präsumtion aus dem Wege. Nahm man das Handelsgewohnheitsrecht im Einzelfall bei Stillschweigen der Parteien als gewollt an, so müsste es ebenfalls dem Dispositivgesetz vorangehen. Dieser Schluss aber war mit dem Willensinhalt des Artikels 1 nicht in Einklang zu bringen.

Unserer Auffassung am nächsten steht, wenn man von älteren Schriftstellern und ihren mehr gelegentlichen Aeusserungen [2]) absieht, Zoll [3]), dessen Ausführungen in dem Satze gipfeln, dass die Handelsgebräuche des Artikels 1 neben dem Handelsgewohnheitsrecht die faktischen Gebräuche umfassen und dass letztere auch ohne positives Wollen der Parteien zur Anwendung kommen. Zoll's Bemühen, seine Auslegung des Artikels 1 mit der auch von ihm geteilten herkömmlichen Auslegung des Artikels 279 in Uebereinstimmung zu setzen, kann in keiner Weise befriedigen.

Die Gefahr durch die gang und gäbe Auslegung des Artikels 279 aus dem Sattel gehoben zu werden, trifft uns in noch höherem Grade als Zoll. Diese Gefahr lässt sich nur beseitigen durch den Nachweis, dass die von Theorie und Praxis, auch dem Reichsgericht angenommene Auslegung des Artikels 279 dem Willensinhalt desselben nicht gerecht wird.

Das Verständnis des Artikels 279 erschliesst sich erst dann voll, wenn man ihn im Zusammenhang mit Artikel

---

[1]) Laband in der angeführten Abhandlung S. 496. Nach Endemann, Handbuch des Handelsrechts Bd. I S. 35 finden die Dispositivvorschriften ihre innere Rechtfertigung in der Unterstellung, dass eben insofern kein Grund zur Abweichung vorliegt, stillschweigend so gewollt ist, wie es ihr Inhalt besagt.

[2]) Die betreffenden Schriftsteller s. Goldschmidt Handbuch S. 356 Anm. 2.

[3]) Zoll in der angeführten Abhandlung S. 454 ff., insbesondere S. 458 f.

278 betrachtet. Laut Artikel 278 hat der Richter bei Beurteilung und Auslegung der Handelsgeschäfte in erster Linie den Willen der Kontrahenten zu erforschen. Artikel 278 schliesst somit alle diejenigen Handelsgeschäfte in sich, in welchen die Parteiwillenserklärung und ihre Auslegung eine genügende Grundlage darbietet, um auf sie ausschliesslich die richterliche Entscheidung abzustellen. Artikel 279 dagegen beschäftigt sich mit den Fällen, in welchen die blosse Auslegung des Willens seitens des Richters zu keinem oder doch keinem genügenden Ergebnisse führen würde, das heisst mit den Fällen eines vollständigen Mangels oder einer mangelnden Vollständigkeit der Parteiwillenserklärung und stellt für eine solche Möglichkeit die Rechtsfolgen fest, welche selbständig, ohne von den Parteien gewollt zu sein, eintreten. Artikel 279 scheidet demgemäss scharf Handlungen und Unterlassungen von ihrer Bedeutung und Wirksamkeit, das heisst von den Rechtswirkungen, welche unabhängig von dem Bewusstsein und Willen der Parteien de jure in die Erscheinung treten und erteilt dem Richter die Anweisung bei seinen Entscheidungen die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche zu berücksichtigen. Die Handelsgebräuche des Artikels 279 sind weder Auslegungs- noch Ergänzungsmittel des Parteiwillens. Beides zugleich, wie die herrschende Ansicht meint, können sie überhaupt nicht sein. Auslegung und Ergänzung sind begriffliche Gegensätze. Genügt behufs Bestimmung eines Willensinhalts eine Auslegung, so bedarf es keiner Ergänzung. Bedarf man einer Ergänzung, so erscheinen die Grenzen der Auslegung überschritten. Die Auslegung kann ihrer Natur gemäss bei Verträgen keinen anderen Zweck verfolgen als den, Sinn und Tragweite der Parteiwillenserklärung zu ermitteln und festzustellen. Ihre Thätigkeit setzt an der Stelle ein, wo die Willenserklärung anhebt, sie findet ihr Ende da, wo die Willenserklärung aufhört und erschöpft sich in der Klarlegung einer Willenserklärung, mag diese mittelbar oder unmittelbar, ausdrücklich oder stillschweigend, durch Worte oder konkludente Handlungen erfolgt sein. Anders die

Ergänzung. Wie schon ihr Name besagt, sucht sie einem vorhandenen Mangel abzuhelfen, ein Halbes zu einem Ganzen zu machen. Die Auslegung denkt nicht daran, dem Parteiwillen fremde Elemente beizumengen. Sie operirt mit einer gegebenen Grösse und sucht deren Charakter aus ihren Thaten zu bestimmen. Die Praxis der Ergänzung beginnt mit der Erkenntnis der Unzulänglichkeit einer vorhandenen Willenserklärung. Ihr Ziel ist die Beseitigung dieser Unzulänglichkeit durch Aufnahme einer Anleihe bei einem fremden Willen. Behandelt man die faktischen Gebräuche als Auslegungsmittel, so setzt man voraus, dass sie von den Parteien im Einzelfall gewollt sind. Behandelt man sie als Ergänzungsmittel, so geht man von der entgegengesetzten Erwägung aus. Die ihnen zugemutete Doppelrolle, zugleich Ergänzungs- und Auslegungsmittel zu sein, können die faktischen Gebräuche überhaupt nicht spielen.

Die Handelsgebräuche des Artikels 279 aber sind weder Auslegungs- noch Ergänzungsmittel des Parteiwillens, sondern ein drittes, nämlich Ersatz, Surrogat desselben. Nachdem Artikel 278 in erster Linie dem Willen der Kontrahenten die Festsetzung ihrer Wechselbeziehungen überlassen, bestimmt Artikel 279, dass bei mangelndem oder unvollständigem Parteiwillen der allgemeine Wille des Verkehrs, die Handelsgebräuche in die Bresche treten sollen, damit den berechtigten Bedürfnissen der Ordnung und Sicherheit des Verkehrslebens Genüge geschehe, welche durch eine einseitige und ausschliessliche Berücksichtigung des Parteiwillens seitens des Richters empfindlichen Schaden erleiden würden. Die Rechtswirkungen des Artikels 279 treten ein unerachtet eines unvollständigen oder mangelnden Parteiwillens auf Grund der entscheidenden Kraft, welche das Gesetz den Handelsgebräuchen eingeräumt hat. Die Handelsgebräuche gelten nicht, wenn und insoweit sie gewollt sind, sondern wenn und insoweit kein ihnen zuwiderlaufender Parteiwille erklärt ist. Die Handelsgebräuche des Artikels 279 sind keine Normativbedingungen, sondern um uns antithetisch, wenn auch juristisch nicht genau

auszudrücken, bedingte Normen. Sie sind dispositives Handelsgewohnheitsrecht.

Die Berücksichtigung der Handelsgebräuche, welche Artikel 279 dem Richter vorschreibt, hat entsprechend der im Artikel 1 gegebenen Rangordnung der Entscheidungsnormen nur subsidiär, nur in Ermangelung eines absoluten oder Dispositivgesetzes zu erfolgen. Artikel 279 bildet somit eine Wiederholung des auf die Handelsgebräuche bezüglichen Teils des Artikels 1. Zu einer solchen Wiederholung hatte der Gesetzgeber gute Gründe. Angesichts der hohen Wichtigkeit, welche den Handelsgebräuchen gerade für die Handelsgeschäfte zukommt, lag es nahe, den Handelsgebräuchen in den allgemeinen Bestimmungen über Handelsgeschäfte einen besonderen Platz einzuräumen. Die Wiederholung konnte auch den Zweck verfolgen, die Geltung der Handelsgebräuche für das erweiterte Anwendungsgebiet des vierten Abschnitts des Handelsgesetzbuchs, das heisst auch für die einseitigen Handelsgeschäfte gegen etwaige missverständliche Auffassungen des Artikels 1 sicher zu stellen.

Eine direkte Bestätigung erfährt unsere Auslegung durch die Entstehungsgeschichte der Artikel 278 und 279. In dem preussischen Entwurfe, welcher als Grundlage der Beratungen der Nürnberger Kommission diente, lautete der den Artikeln 278 und 279 des Handelsgesetzbuchs entsprechende Artikel 214 [1]):

„Bei Beurteilung der Handelsgeschäfte und Auslegung der Verträge in denselben hat der Richter den Willen der Kontrahenten zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften.

In Beziehung auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen bei Handelsgeschäften ist auf die unter Kaufleuten geltenden Gebräuche Rücksicht zu nehmen.“

Bereits anlässlich der ersten Lesung drang die Er-

[1]) Lutz, Protokolle, Beilageband I–V S. 40.

kenntniss durch, dass die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen viel weiter reichen könne, als der Wille der Kontrahenten und seine Auslegung [1]). Um den Schein zu vermeiden, als wolle im zweiten Absatz „teilweise das wieder aufgehoben werden, was der erste Absatz sage, dass nämlich vor allem der Wille der Kontrahenten massgebend sei, beschloss man den zweiten Absatz abzuändern. An Stelle der Worte „in Beziehung auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen trat die Fassung „für die Erforschung des Willens der Kontrahenten in Bezug auf Handlungen und Unterlassungen" u. s. w. Mit dieser Abänderung ging Artikel 214 des preussischen Entwurfs als Artikel 237 [2]) in den Entwurf der Redaktionskommission über.

In der zweiten Lesung wurde seitens des Referenten beantragt die Worte des Absatzes 2, „für die Erforschung des Willens der Kontrahenten" zu streichen, statt derselben die ursprüngliche Fassung des preussischen Entwurfs „in Beziehung auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen" ins Gesetz aufzunehmen und [3]) den zweiten Absatz als einen besonderen Artikel aufzuführen, da die Bestimmungen desselben nicht allein bezüglich der Auslegung des Willens der Kontrahenten, sondern auch in anderen Beziehungen Platz greifen müssen. Zur Unterstützung dieses Antrags wurde ausgeführt, „die Fassung des zweiten Absatzes sei insofern zu eng, als sie bloss auf die Auslegung von Willenserklärungen gerichtet sei, während sie doch auch darauf gehen müsse, was von Gesetzeswegen als Willensmeinungen der Parteien anzusehen sei, wenn in einer Nebenbeziehung gar keine Erklärung derselben vorliege, und der Satz: clarius loqui debebas, Anwendung finde." Zur Rettung

[1]) Lutz, Protokolle, Bd. II S. 408.
[2]) Lutz, Beilageband S. 185.
[3]) Lutz, Protokolle, Band III S. 1306.

der Fassung „für die Erforschung des Willens der Kontrahenten“ wurde die der Goldschmidt-Laband'schen Ansicht ungefähr entsprechende Meinung in's Feld geführt, es handle sich hier nicht um solche Sätze, welche die Willensmeinung der Parteien ergänzen, sondern nur um solche, welche zur Interpretation derselben dienen, um Feststellung der Klasse von facta concludentia. Ferner wurde darauf hingewiesen, dass falls der Antrag des Referenten angenommen würde, „der zweite Absatz nichts anderes als eine Wiederholung des Artikels 1 enthalten würde.“ Bei der Abstimmung wurde dem Antrag des Referenten mit 9 gegen 6 Stimmen stattgegeben.

Wir halten es im Hinblick auf den Gang der Beratungen für erwiesen, dass die Mitglieder der Kommission sich des prinzipiellen Gegensatzes bewusst waren, welcher zwischen dem Artikel 278 und 279 besteht. Hätte man wie die herrschende Meinung in Artikel 279 nur einen Anwendungsfall der Regel des Artikels 278 erblickt, so wäre zweifellos die Trennung der zwei Abschnitte des Artikels 214 des preussischen Entwurfs in zwei besondere Artikel unterblieben. Diese Trennung entsprang der Erkenntnis des Gegensatzes zwischen beiden Artikeln, und sollte dazu dienen, den Gegensatz auch äusserlich deutlich hervortreten zu lassen.

Hiemit sind wir am Schlusse unserer Ausführungen angelangt. Wir haben keinen begründeten Anlass auf die seitens der gegnerischen Richtung auszutragende Streitfrage näher einzugehen, in welchen Stellen des Handelsgesetzbuchs, wenn man von den programatischen Artikeln 1 und 279 absieht, die Handelsgebräuche im Sinne von faktischen Gebräuchen, in welchen im Sinne von Handelsgewohnheitsrecht zu verstehen sind. Es genügt uns als bezeichnendes Merkmal für die Schwäche der herrschenden Ansicht die Thatsache festzustellen, dass man dieser vom Standpunkte der Zweiteilung aus ungemein wichtigen Frage gegenüber, welche geradezu ein Prüfstein für die Fähigkeit der Theorie genannt werden muss, als geeigneter Schlüssel für das

Verständnis des Handelsgesetzbuchs zu dienen, in der Regel jede Antwort schuldig bleibt, und dass selbst da wo man sich ausnahmsweise der Beantwortung unterzieht, unumwunden die Unmöglichkeit eines zwingenden Resultats eingeräumt wird. Dazu kommt, dass sich in einer Reihe einschlägiger Einzelfragen die Meinungen der beiden Hauptvertreter der Zweiteilung, Goldschmidt und Laband kreuzen, so betreffs des Umfangs des Anwendungsgebiets der faktischen Handelsgebräuche und des Handelsgewohnheitsrechts im allgemeinen[1], so bezüglich der Frage, ob die neben Vertrag oder Uebereinkunft genannten Handelsgebräuche im Zweifel als Handelsgewohnheitsrecht, oder faktische Gebräuche anzusehen seien. Nach Laband sollen die Handelsgebräuche entsprechend dem Satze „sage mir mit wem du umgehst, und ich sage dir wer du bist", in den Stellen, wo sie neben Uebereinkunft und Vertrag sich finden, stillschweigende Uebereinkunft, faktische Handelsgebräuche bedeuten, neben Partikulargesetzen oder örtlichen Verordnungen dagegen Handelsgewohnheitsrecht. In den von Laband Seite 501 ff citirten Artikeln 326, 342, Abs. 3, 334, 285, 339, 346 u. s. w. wird überall von Vertrag und Uebereinkunft, nirgends nur von ausdrücklicher Vereinbarung gesprochen. Daher sind, wie von Goldschmidt vom Standpunkte der herrschenden Ansicht aus mit Recht hervorgehoben wurde, die faktischen Handelsgebräuche als stillschweigende Uebereinkunft in dem Vertrage bereits enthalten. Geschieht ihrer neben dem Vertrage besonders Erwähnung, so weist dies darauf hin, dass das Gesetz die Handelsgebräuche in einem andern Sinne, nämlich in dem von Gewohnheitsrecht verwenden wollte. Diese Absicht erhellt unter anderem deutlich aus den Artikeln 351 und 352. Dort erklärt sich das Handelsgesetz zugleich als dispositiv und subsidir, und will nur in Ermangelung von Ortsgebräuchen oder „besonderen Abreden" Platz greifen. Laband hält die besondere Abrede für identisch mit aus-

[1] Goldschmidt in seinem Handbuche S. 355, Anmerk. 1 b. Laband in der angeführten Abhandlung S. 498.

drücklicher. die Ortsgebräuche mit stillschweigender Uebereinkunft. Es liegt zweifellos viel näher als Gegensatz zur besonderen Abrede, die allgemeine Abrede, den örtlichen Verkehrswillen anzunehmen. Mit besonderer Anschaulichkeit offenbart sich der Gegensatz zwischen Vertragsbestimmung und Ortsgebräuchen, sowie der Charakter der letzteren als dispositives Gewohnheitsrecht in dem zweiten Absatz des Artikels 369.

„Insoweit jedoch der Handelsgebrauch am Orte des Geschäfts das Kreditiren des Kaufpreises mit sich bringt, ist in Ermangelung einer anderen Bestimmung des Kommittenten auch der Kommissionär dazu berechtigt."